CNUDCI

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI Annuaire

Volume XLII: 2011

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

ANNUAIRE

Volume XLII: 2011

NATIONS UNIES
New York, 2020

NOTE

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

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

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

A/CN.9/SER.A/2011

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente:
eISBN 978-92-1-004666-4
ISSN 0251-4257

Copyright © Nations Unies, mars 2020. Tous droits réservés pour tous pays.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION vii

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

QUARANTE-QUATRIÈME SESSION (2011) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011) (A/66/17) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquante-huitième session (TD/B/58/9) 150

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/66/471) 151

D. Résolutions 66/94, 66/95, 66/96 et 66/102 de l'Assemblée générale 163

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

I. ARBITRAGE ET CONCILIATION 179

A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010) (A/CN.9/712) 179

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.159 et Add.1 à 4) 203

C. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.160 et Add.1) 254

D. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011) (A/CN.9/717) 283

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.162 et Add.1) 315

F. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires des Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.163) 343

G. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – propositions soumises par des gouvernements et des organisations internationales, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.164). 360

II. PASSATION DE MARCHÉS. 363

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010) (A/CN.9/713). 363

B. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.I/WP.75 et Add.1 à 8). 398

C. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingtième session (New York, 14-18 mars 2011) (A/CN.9/718) 510

D. Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9) 543

E. Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type (A/CN.9/729 et Add.1 à 8) 674

F. Note du Secrétariat sur la finalisation et l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics – compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la passation des marchés publics (A/CN.9/730 et Add.1 et 2) 754

G. Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/731 et Add.1 à 9). 768

III. SÛRETÉS 913

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010) (A/CN.9/714) 913

B. Note du Secrétariat sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2) 934

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011) (A/CN.9/719) 1001

D. Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3) . . . 1023

IV. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ 1109

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 6-10 décembre 2010) (A/CN.9/715). 1109

B. Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1). 1132

C. Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.96) 1163

D. Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2). 1186

E. Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale – compilation des commentaires reçus des gouvernements (A/CN.9/733 et Add.1) 1237

V. RÈGLEMENT DES LITIGES EN LIGNE 1243

A. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010) (A/CN.9/716). 1243

B. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-deuxième session (A/CN.9/WG.III/WP.105). 1265

C. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011) (A/CN.9/721) 1291

D. Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-troisième session (A/CN.9/WG.III/WP.107). 1313

VI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES 1331

A. Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/728 et Add.1) 1331

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI (CLOUT) 1363

VIII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT 1365

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/724) 1365

IX. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI 1387

État des conventions et des lois types (A/CN.9/723). 1387

X. COORDINATION ET COOPÉRATION 1389

Note du Secrétariat sur les activités de coordination (A/CN.9/725). 1389

Troisième partie. Annexes

I. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 1399

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI-NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/722) 1505

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 1551

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 1558

INTRODUCTION

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

Ce volume est divisé en trois parties. La première contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-quatrième session, tenue à Vienne du 27 juin au 8 juillet 2011, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

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

La troisième partie contient des comptes rendus analytiques, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, une liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-quatrième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la Commission reproduits dans les volumes précédents de l'*Annuaire*.

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

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

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente ou cote du document*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente ou cote du document*
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7
XXIV	1993	F.94.V.16
XXV	1994	F.95.V.20
XXVI	1995	F.96.V.8
XXVII	1996	F.98.V.7
XXVIII	1997	F.99.V.6
XXIX	1998	F.99.V.12
XXX	1999	F.00.V.9
XXXI	2000	F.02.V.3
XXXII	2001	F.04.V.4
XXXIII	2002	F.05.V.13
XXXIV	2003	F.06.V.14
XXXV	2004	F.08.V.8
XXXVI	2005	F.10.V.4
XXXVII	2006	A/CN.9/SER.A/2006
XXXVIII	2007	A/CN.9/SER.A/2007
XXXIX	2008	A/CN.9/SER.A/2008
XL	2009	A/CN.9/SER.A/2009
XLI	2010	A/CN.9/SER.A/2010

Première partie

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

QUARANTE-QUATRIÈME SESSION (2011)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011) (A/66/17)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-12
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-9
	C. Élection du Bureau	10
	D. Ordre du jour	11
	E. Adoption du rapport	12
III.	Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	13-192
	A. Introduction	13-15
	B. Examen du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	16-180
	C. Élaboration d'un Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type révisée	181-187
	D. Promotion de la Loi type révisée	188-189
	E. Travaux futurs dans le domaine des marchés publics	190-191
	F. Adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	192
IV.	Finalisation et adoption du texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	193-198
V.	Arbitrage et conciliation	199-212
	A. Rapports d'activité du Groupe de travail II	199-207
	B. Médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États	208-212
VI.	Règlement des litiges en ligne: rapports d'activité du Groupe de travail III	213-218
VII.	Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V	219-222
	A. Rapport d'activité du Groupe de travail V	219

B. Neuvième Colloque judiciaire multinational 220-221

C. Banque mondiale: traitement des personnes physiques dans les procédures d'insolvabilité 222

VIII. Sûretés: rapports d'activité du Groupe de travail VI 223-231

IX. Travaux en cours et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique 232-240

X. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance 241-246

XI. Textes d'autres organisations avalisés par la Commission: révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale 247-249

XII. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958 250-252

XIII. Assistance technique en matière de réforme du droit 253-270

A. Débat général 253-261

B. Établir une présence régionale de la CNUDCI 262-270

XIV. Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI 271-274

XV. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI 275-276

XVI. Coordination et coopération 277-298

A. Généralités 277-279

B. Coordination et coopération dans le domaine des sûretés 280-283

C. Rapports d'autres organisations internationales 284-287

D. Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail 288-298

XVII. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international 299-321

A. Introduction 299

B. Mesures prises à la session en cours conformément aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale 300-301

C. Résumé de la table ronde sur le rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit . . 302-315

D. Conclusions 316-320

E. Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international en 2012 321

XVIII. Concours d'arbitrage commercial international 322-326

A. Remarques générales 322-323

B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 2011 324-325

C. Concours d'arbitrage commercial international de Madrid 2011 326

XIX. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale 327

XX. Questions diverses 328-333

A. Programme de stages 328-330

B. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission 331

C. Droit à l'établissement de comptes rendus analytiques 332-333

XXI. Date et lieu des réunions futures 334-350

A. Examen d'une proposition budgétaire du Secrétaire général affectant la tenue des réunions de la CNUDCI alternativement à New York et à Vienne 334-344

B. Quarante-cinquième session de la Commission 345

C. Sessions des groupes de travail 346-350

Annexes

I. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics . . . . . .

II. Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-quatrième session . . . . . .

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur la quarante-quatrième session de la Commission, tenue à Vienne, du 27 juin au 8 juillet 2011.

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

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La quarante-quatrième session de la Commission a été ouverte le 27 juin 2011.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 22 mai 2007, le 3 novembre 2009 et le 15 avril 2010, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]: Afrique du Sud (2013), Algérie (2016), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bahreïn (2013), Bénin (2013), Bolivie (État plurinational de) (2013), Botswana (2016), Brésil (2016), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Égypte (2013), El Salvador (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), Fidji (2016), France (2013), Gabon (2016), Géorgie (2015), Grèce (2013), Honduras (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Jordanie (2016), Kenya (2016), Lettonie (2013), Malaisie (2013), Malte (2013), Maroc (2013), Maurice (2016), Mexique (2013), Namibie (2013), Nigéria (2016), Norvège (2013), Ouganda (2016), Pakistan (2016),

[1] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 30 ont été élus par l'Assemblée à sa soixante et unième session, le 22 mai 2007 (décision 61/417), 28 par l'Assemblée à sa soixante-quatrième session, le 3 novembre 2009, et deux par l'Assemblée à sa soixante-quatrième session, le 15 avril 2010. Par sa résolution 31/99, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection. Les six États membres suivants élus par l'Assemblée générale le 3 novembre 2009 sont convenus de siéger en alternance jusqu'en 2016, comme suit: Bélarus (2010-2011, 2013-2016), République tchèque (2010-2013, 2015-2016), Pologne (2010-2012, 2014-2016), Ukraine (2010-2014), Géorgie (2011-2015) et Croatie (2012-2016).

Paraguay (2016), Philippines (2016), Pologne (2012), République de Corée (2013), République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la session à l'exception des États suivants: Afrique du Sud, Arménie, Bahreïn, Bénin, Botswana, Fidji, Gabon, Géorgie, Grèce, Lettonie, Malte, Maroc, Ouganda, Pakistan et Sénégal.

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Afghanistan, Angola, Arabie saoudite, Bélarus, Belgique, Costa Rica, Croatie, Cuba, Équateur, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, Guatemala, Indonésie, Iraq, Koweït, Panama, Pérou, Portugal, Qatar, République démocratique du Congo, République dominicaine, Saint-Marin, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Uruguay et Yémen.

7. Ont également assisté à la session des observateurs de la Palestine et de l'Union européenne.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale, Commission économique pour l'Europe (CEE) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED);

b) *Organisations intergouvernementales*: Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Organisation internationale de droit du développement, Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, Organisation mondiale des douanes et Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE);

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, Association droit et Méditerranée (Jurimed), Association du transport aérien international, Association européenne des juristes d'entreprise, Association internationale des assureurs-crédit, Association of the Bar of the State of New York, Chambre de commerce internationale, Comité maritime international, Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international, Forum for International Conciliation and Arbitration, International Law Institute et Moot Alumni Association.

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

C. Élection du Bureau

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

Président:	Salim MOOLLAN (Maurice)
Vice-Présidents:	Marek JEZEWSKI (Pologne) Carlos SÁNCHEZ MEJORADA Y VELASCO (Mexique) Tore WIWEN-NILSSON (Suède) (élu à titre personnel)
Rapporteur:	M. Kah Wei CHONG (Singapour)

D. Ordre du jour

11. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 925e séance, le 27 juin 2011, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.
5. Finalisation et adoption des textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.
6. Arbitrage et conciliation:
   a) Rapports d'activité du Groupe de travail II; et
   b) Médiation dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États.
7. Règlement des litiges en ligne: rapports d'activité du Groupe de travail III.
8. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V.
9. Sûretés: rapports d'activité du Groupe de travail VI.
10. Travaux en cours et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique.
11. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance.
12. Textes d'autres organisations avalisés par la Commission: révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale.
13. Suivi de l'application de la Convention de New York.
14. Assistance technique en matière de réforme du droit.
15. Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI.

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

17. Coordination et coopération:

a) En général;

b) Coordination dans le domaine des sûretés;

c) Rapports d'autres organisations internationales;

d) Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail.

18. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international.

19. Concours d'arbitrage commercial international.

20. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.

21. Questions diverses.

22. Date et lieu des réunions futures.

23. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

12. À ses 941e et 942e séances, le 8 juillet 2011, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

A. Introduction

13. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[2] de 1994 et sa décision de charger le Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions de révision de la Loi type de 1994[3]. Elle a noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux de révision à sa sixième session, tenue à Vienne du 30 août au 3 septembre 2004, et les avait terminés à sa dix-neuvième session, tenue à Vienne du 1er au 5 novembre 2010. À sa vingtième session, tenue à New York du 14 au 18 mars 2011, le Groupe de travail avait commencé ses travaux d'élaboration d'un Guide révisé pour l'incorporation[4].

---

[2] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 81 et 82.

[4] Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa sixième à sa vingtième sessions, voir A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648, A/CN.9/664, A/CN.9/668, A/CN.9/672, A/CN.9/687, A/CN.9/690, A/CN.9/713 et A/CN.9/718, respectivement.

14. À la présente session, la Commission était saisie: a) d'un projet de texte révisé de la Loi type sur la passation des marchés publics, résultant de la dix-neuvième session du Groupe de travail et accompagné d'une note du Secrétariat (A/CN.9/729 et Add.1 à 8); b) d'une compilation des commentaires des gouvernements sur le projet de texte reçus par le Secrétariat avant la session (A/CN.9/730 et Add.1 et 2); c) d'un avant-projet du Guide pour l'incorporation destiné à accompagner le projet de loi type (A/CN.9/731 et Add.1 à 9 et A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9); et d) des rapports sur les dix-neuvième et vingtième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/713 et A/CN.9/718).

15. La Commission a examiné le texte du projet de loi type. Elle a noté que l'avant-projet de guide pour l'incorporation ne devait pas être examiné pendant la session mais simplement servir de référence pour aider la Commission à examiner les dispositions du projet de loi type. La Commission est convenue d'examiner d'abord les questions de fond puis les questions de formulation.

B. Examen du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

16. Il a été convenu que dans l'ensemble du texte de la Loi type, les expressions telles que "tout membre du public" devraient être remplacées par l'expression "toute personne".

Préambule

Alinéa b) – l'expression "sans distinction de nationalité"

17. On s'est inquiété de la formulation de cet alinéa en ce qu'il ne reflétait pas l'objectif premier de la passation des marchés publics dans de nombreux pays en développement, qui est de promouvoir le développement du marché intérieur et d'encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs nationaux aux procédures de passation. On a noté que le Guide exposait les raisons de la souplesse de la Loi type à cet égard.

Alinéa d) – le terme "équitable"

18. Il a été proposé de remplacer le terme "équitable" par le terme "égal". On a expliqué que le terme "équitable" recouvrait la même idée que le terme "juste", qui était déjà mentionné dans l'alinéa et qui avait un sens différent sur le fond de celui du terme "égal". On a exprimé la crainte que le terme "équitable" ne donne lieu à différentes interprétations et à de possibles abus, tels que le favoritisme, et que l'application de la notion d'équité (dont s'inspirait le principe de "traitement équitable") ne soulève des difficultés.

19. On s'est dit opposé au changement du terme figurant dans le projet et dans le texte de 1994, en particulier parce que le terme "équitable" paraissait plus souple et englobait déjà le principe de "traitement équitable". On a également exprimé la crainte qu'il n'y ait un plus grand nombre de contestations de la part de fournisseurs ou entrepreneurs affirmant avoir subi un traitement inégal. D'autres délégations ont préconisé la souplesse dans l'emploi de l'un et l'autre terme, à la condition que le Guide explique que les participants à la procédure de passation devraient être traités

de façon égale dans des situations identiques mais pourraient faire l'objet d'un traitement différent dans des circonstances différentes.

20. La Commission est convenue de faire mention dans l'alinéa de "traitement juste, égal et équitable" et d'expliquer dans le Guide la signification de ces mots.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article 2

21. Il était entendu que toutes les définitions de cet article apparaîtraient dans l'ordre alphabétique dans toutes les versions linguistiques du texte final.

22. Il a été convenu que le début de la définition e) devrait se lire comme suit: "Le terme 'procédure d'accord-cadre' désigne une procédure".

23. Il a également été convenu d'insérer dans cet article 2 de nouvelles définitions des termes "préqualification" et "présélection", libellées comme suit: "Le terme 'préqualification' désigne la procédure énoncée à l'article 17, qui vise à identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés;" "Le terme 'présélection' désigne la procédure énoncée à l'article 48-3, qui vise à identifier, avant la sollicitation, un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui répondent le mieux aux critères de qualification de la passation concernée."

24. Il a été proposé de supprimer les mots entre parenthèses (l'"objet du marché") de la définition h). Si, selon l'avis largement exprimé, il fallait définir le terme "objet du marché" de telle sorte que l'expression puisse être correctement utilisée dans l'ensemble de la Loi type, les opinions ont différé quant au libellé. Il a été proposé que cette définition s'inspire de l'alinéa b) de l'article 36 et que les mots "le cas échéant" soient insérés après le mot "notamment".

25. Selon un autre avis, il n'y avait pas lieu d'ajouter une telle définition, puisque le terme devait être défini dans chaque procédure de passation de marché et non dans la loi. On a estimé que l'objet d'un marché était une question de fait ne pouvant pas se régler facilement par une définition générique et qu'il valait donc mieux laisser la définition ouverte et insérer dans le Guide les débats sur la question.

26. La Commission est convenue de se prononcer sur cette proposition à un stade ultérieur.

27. À l'issue de la discussion qui a suivi, il a été convenu qu'aucune définition de l'objet du marché ne devrait figurer dans la Loi type. Il était entendu que le Guide expliquerait le terme "objet du marché" employé dans l'ensemble de la Loi type, notamment en s'inspirant des dispositions de l'alinéa b) de l'article 36, ou en indiquant que l'"objet du marché" était ce que l'entité adjudicatrice décrivait comme tel au début de la procédure de passation de marché.

28. La Commission est convenue que la définition du terme "sollicitation" à l'alinéa o) devrait être élargie pour inclure les invitations à soumettre une offre, à présenter des soumissions ou à participer à une procédure de demande de propositions ou à une enchère électronique inversée, mais pas les invitations à participer à une procédure de préqualification ou de présélection.

Article 5, paragraphe 1

29. La Commission est convenue de supprimer les mots suivants: “Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de”. Il a été entendu que le Guide préciserait que le paragraphe 1 renvoyait à des textes juridiques ne comportant ni documents internes (qui n’étaient pas d’application générale) ni jurisprudence (visée au paragraphe 2 de cet article).

Article 8, paragraphe 4

30. On s’est demandé si les mots “raisons et circonstances” renvoyaient aux justifications factuelles et juridiques de la décision de l’entité adjudicatrice. On a rappelé que ce terme avait été examiné par le Groupe de travail et on a noté que la décision qu’il avait prise d’utiliser ce terme ne devrait pas être remise en question.

31. Il a été convenu de conserver le libellé actuel et d’expliquer dans le Guide que dans certains pays, l’entité adjudicatrice devrait étayer ces raisons et circonstances par des motifs juridiques, ce qui serait mentionné dans les lois internes portant incorporation si nécessaire.

Article 9, paragraphes 2 f) et 8 a)

32. Il a été convenu d’assurer la cohérence entre les paragraphes 2 f) et 8 a) pour ce qui est de l’utilisation des expressions “déclarations fausses” et “[déclarations] fallacieuses”. Il a été décidé de mentionner les “déclarations fallacieuses” au paragraphe 8 a).

Article 9, paragraphe 8 b)

33. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir s’il convenait de remplacer les mots “peut disqualifier” par le mot “disqualifie”. Selon un avis, l’entité adjudicatrice devrait être tenue de disqualifier les fournisseurs ou entrepreneurs lorsqu’ils présentent des informations comportant des erreurs ou omissions substantielles; selon un autre avis, il faudrait conserver une certaine souplesse, en particulier pour pouvoir déterminer si une erreur ou omission était volontaire ou non. On s’est inquiété des incidences négatives qu’une disqualification automatique aurait sur la concurrence et du grand nombre de problèmes qui se poseraient si la modification proposée était apportée.

34. La Commission est convenue qu’il faudrait préciser l’expression “erreurs ou omissions substantielles” dans toutes les versions linguistiques et expliquer le concept dans le Guide. On a examiné dans ce contexte l’utilité d’une procédure de clarification dans le cadre de la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs (semblable à celle qui existe dans le contexte des soumissions anormalement basses en vertu de l’article 19 et des procédures d’appel d’offres en vertu de l’article 42). (On trouvera aux paragraphes 48 à 53 ci-après un examen plus détaillé de cette question.)

35. La Commission est donc convenue de conserver le libellé du paragraphe 8 b) de l’article 9.

Article 10

36. Il a été convenu que le paragraphe 1 serait reformulé comme suit: “a) Le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, contient une description de l’objet du marché; b) L’entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description détaillée de l’objet du marché qu’elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées.” Il a été proposé de préciser dans le Guide que les paragraphes 1 a) et 2 a) de l’article 29 traitaient des situations où une telle description détaillée ne pouvait être fournie.

37. Il a également été convenu d’effectuer les modifications suivantes: supprimer les mots “concernant notamment” du paragraphe 3 et formuler celui-ci comme suit: “3. La description de l’objet du marché peut inclure, entre autres, les éléments suivants: spécifications, plans, dessins, modèles, exigences, essais et méthodes d’essai, emballage, marquage ou étiquetage ou certificats de conformité, ainsi que symboles et terminologie.”; remplacer au début du paragraphe 4 de la version anglaise les mots “to the extent practicable, any description” par “to the extent practicable, the description”; et employer au paragraphe 4 et dans d’autres passages de la Loi type, selon qu’il convient, les mots “caractéristiques techniques, qualitatives et de performance pertinentes”.

38. Il a été proposé que la deuxième phrase du paragraphe 4 interdise aussi l’utilisation de “méthodes de fabrication particulières” dans les descriptions, afin d’éviter qu’une exigence discriminatoire de certaines méthodes ne soit utilisée pour favoriser certains fournisseurs.

39. Les avis ont divergé concernant cette proposition. Il a été dit que si cette référence aux “méthodes de fabrication particulières” était incluse, le Guide devrait comporter le libellé suivant: “En ce qui concerne les méthodes de fabrication particulières, compte dûment tenu du paragraphe 5, qui appelle à l’utilisation d’exigences techniques normalisées, il peut dans certains cas ne pas y avoir de méthode de production équivalente, et la sollicitation peut le mentionner.”

40. Cette proposition a ensuite été retirée. Il a été noté en particulier que le libellé original apparaissant dans le projet et dans le texte de 1994 provenait des dispositions correspondantes de l’Accord sur les marchés publics de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) de 1994[5], et que dans certaines méthodes de passation, il était essentiel, pour garantir la qualité, de préciser la méthode de production.

41. La Commission est convenue que le Guide examinerait les risques de discrimination pouvant apparaître lorsqu’étaient mentionnées des méthodes de production particulières en appelant l’attention sur l’interdiction de traitement discriminatoire visée au paragraphe 2 de l’article 10.

---

[5] Accord sur les marchés publics, article VI, par. 3, disponible en ligne à l’adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

Article 11

42. Il a été proposé qu'au paragraphe 3, l'expression "et exprimés en termes pécuniaires" soit remplacée par l'expression "ou exprimés en termes pécuniaires", étant donné qu'il ne serait pas toujours possible d'exprimer l'ensemble des critères d'évaluation en termes pécuniaires. Certaines délégations estimaient qu'on obtiendrait le même résultat en ajoutant l'expression "dans la mesure du possible" aux trois exigences exprimées dans cette disposition (que les critères d'évaluation devaient être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires). On a souligné cependant que cette condition n'était pas censée s'appliquer aux enchères électroniques inversées, où l'ensemble des critères d'évaluation devaient être quantifiables et exprimés en termes pécuniaires pour permettre la tenue de l'enchère (la disposition exigeant une formule dans les enchères électroniques inversées serait expliquée dans le Guide). La Commission a reporté sa décision sur le libellé de cet article à un stade ultérieur.

43. À l'issue d'un examen ultérieur, il a été convenu des changements suivants: modifier le chapeau et l'alinéa a) du paragraphe 2 comme suit: "Les critères d'évaluation concernant l'objet du marché peuvent comprendre: a) Le prix"; reformuler le paragraphe 3 comme suit: "Dans la mesure où cela est faisable, tous les critères d'évaluation autres que le prix sont objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires", en expliquant dans le Guide que l'expression "en termes pécuniaires" ne s'appliquerait pas dans tous les cas; ajouter au paragraphe 4 b), après les mots "biens produits localement", les mots "ou toute autre préférence"; reformuler le paragraphe 5 b) comme suit: "Tous les critères d'évaluation établis conformément au présent article, y compris le prix tel que modifié par toute préférence"; et reformuler comme suit le paragraphe 5 c): "Les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation, sauf si la passation de marché est menée en conformité avec l'article 48, auquel cas l'entité adjudicatrice peut énumérer tous les critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance".

Article 13

44. Il a été convenu que la formulation de l'article ne serait pas modifiée mais que le Guide devrait examiner les options figurant dans le texte pour les langues à employer dans les dossiers de préqualification, de présélection et de sollicitation.

Article 14

45. Il a été convenu d'ajouter, au paragraphe 1 de la version anglaise, la préposition "in" devant les mots "the pre-qualification or pre-selection documents".

46. Il était entendu que toute modification apportée au dossier de sollicitation, de préqualification ou de présélection conformément à l'article 14 serait substantielle et tomberait sous le coup du paragraphe 3 de l'article 15; le lien entre ces deux dispositions serait souligné dans le Guide.

Article 15, paragraphe 1

47. Dans la troisième phrase de la version anglaise, il a été convenu de remplacer les mots "such time as will" par "a time period that will" ("dans un délai").

Nouvel article 15 bis *sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions*

48. L'attention de la Commission a été appelée sur les dispositions du document A/CN.9/730 sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions. La Commission s'est demandé si un article générique sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions devrait être ajouté au chapitre premier ou si ce sujet devrait être traité dans tous les articles pertinents. Certaines délégations ont préféré la première formule, d'autres la seconde, en particulier parce qu'elle permettait d'adapter les dispositions sur la clarification à diverses procédures, compte tenu en particulier des moments où pourrait survenir la nécessité de demander des éclaircissements.

49. Lors de l'examen des articles 45 et 46, il a été dit que toute disposition octroyant à l'entité adjudicatrice le droit de demander des éclaircissements devrait être assortie d'une interdiction d'engager des négociations pendant une telle procédure de clarification. Il a été noté qu'une telle interdiction s'ajouterait à l'interdiction de négocier existant dans le cadre de certaines méthodes de passation de marché, notamment à l'article 45.

50. On a aussi fait remarquer que certains paragraphes de l'article 46 décrivaient les différents moments de la procédure de demande de propositions sans négociation où l'entité adjudicatrice pourrait souhaiter demander des éclaircissements. Il a été noté que l'article générique sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions devrait tenir compte du fait que ces moments varieraient en fonction des méthodes de passation et du moment de l'évaluation des qualifications.

51. Il a ensuite été convenu que le paragraphe 1 de l'article 42 devrait servir de base pour rédiger un article générique sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions, qui serait inséré au chapitre premier. Il a également été convenu que cet article générique indiquerait en outre: a) que la procédure impliquait une procédure de clarification et non des négociations; et b) qu'un compte rendu complet de l'échange de toutes les informations échangées lors de la procédure de clarification devrait être versé au procès-verbal de la procédure de passation de marché visé à l'article 24. La Commission a décidé d'examiner ce projet de disposition ultérieurement.

52. Plus tard au cours de la session, il a été convenu d'insérer dans la Loi type le nouvel article suivant:

> "**Article 15 *bis*. Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions**
>
> 1. À tous les stades de la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice peut prier le fournisseur ou l'entrepreneur de donner des éclaircissements sur les informations concernant ses qualifications ou sur ses soumissions afin de faciliter la vérification des qualifications ou l'examen et l'évaluation des soumissions.
>
> 2. L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen des soumissions. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté la soumission concernée.

3. Aucune modification de fond des informations concernant les qualifications ou d'une soumission (notamment une modification visant à qualifier un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou à rendre conforme une soumission non conforme) ne sera demandée, proposée ni autorisée.

4. Aucune négociation ne peut avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet des informations concernant les qualifications ou au sujet des soumissions, ni aucune modification ne peut être apportée au prix, à la suite d'une demande d'éclaircissements en vertu du présent article.

5. Le paragraphe 4 du présent article ne s'applique pas aux propositions soumises en vertu des articles 48, 49, 50 et 51 de la présente Loi.

6. Toutes les communications découlant de l'application du présent article sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché."

53. Il était entendu que le Guide devrait expliquer en détail la différence entre modification du prix et correction du prix.

Article 16, paragraphe 1 c)

54. Il a été demandé si le sous-alinéa ii) n'était pas superflu, étant donné qu'il était similaire à l'alinéa b) du paragraphe 1. La Commission a reporté l'examen du libellé de l'alinéa c) du paragraphe 1 à un stade ultérieur.

55. À l'issue d'un examen ultérieur, il a été convenu de supprimer le sous-alinéa ii) et de fusionner le sous-alinéa i) avec le chapeau de l'alinéa c).

Article 17, paragraphe 2

56. Il a été proposé que ce soient les règlements en matière de passation des marchés et non la Loi type qui précisent dans quelle publication devrait être publiée une invitation à soumettre une demande de préqualification. La Commission a approuvé le libellé proposé à cette fin dans le document A/CN.9/730. Il était entendu que cette modification serait apportée aux dispositions équivalentes dans l'ensemble de la Loi type.

57. Compte tenu de cet accord et de celui conclu pendant la session en ce qui concerne les modifications à apporter au paragraphe 2 de l'article 32 du texte (voir par. 92 à 99 ci-après), la Commission est convenue de modifier le paragraphe 2 comme suit: "2) Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés. À moins qu'elle n'en décide autrement dans les circonstances visées à l'article 32-4 de la présente Loi, elle publie l'invitation également au niveau international, de sorte que celle-ci soit largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux."

Article 17, paragraphe 3 b)

58. La Commission a reporté l'examen d'une proposition tendant à remplacer le mot "calendrier" par l'expression "calendrier envisagé ou indicatif". L'avis a été exprimé que le libellé actuel offrait déjà suffisamment de souplesse.

59. À l'issue d'un examen ultérieur, il a été convenu de remplacer le membre de phrase "ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services" par les mots "ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'achèvement des travaux ou la fourniture des services;".

Article 19, paragraphes 1 c) et 2

60. Il a été convenu de supprimer l'alinéa c) et de remplacer le paragraphe 2 par le libellé suivant: "La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché. La décision de l'entité adjudicatrice et les raisons de cette décision sont promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné." Il était entendu qu'en conséquence le paragraphe 1 serait modifié comme suit: la préposition "et" serait ajoutée à la fin de l'alinéa a) et supprimée à la fin de l'alinéa b).

Article 20

61. À propos d'un commentaire figurant dans le document A/CN.9/730/Add.1, l'avis qui a prévalu était qu'aucun seuil minimum ne devrait être introduit au paragraphe 1, par souci de cohérence avec les règles internationales anticorruption qui, comme ce paragraphe, établissent un lien entre l'acte du fournisseur ou entrepreneur et son intention d'influencer un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice. Il était entendu que le Guide expliquerait les points pertinents, en renvoyant aux dispositions et pratiques nationales, et préciserait que même de petites choses pouvaient constituer une incitation dans certaines circonstances.

62. À propos d'un autre commentaire figurant dans le document A/CN.9/730/Add.1, il a été convenu qu'il n'y avait pas lieu d'ajouter d'éclaircissements concernant la notion d'"avantage concurrentiel injuste" apparaissant au paragraphe 1 b). On a appuyé l'approche retenue actuellement dans le projet de guide, qui consiste à encourager les États adoptants à examiner la question compte tenu de leur situation (il a été suggéré de préciser à titre d'exemple qu'un fournisseur ou entrepreneur ayant rédigé une description ne devrait pas être autorisé à participer à la passation parce qu'il aurait un avantage injuste, exemple également mentionné dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics de 1994). Il a été souligné qu'il importait d'examiner les questions de concurrence non seulement dans le contexte d'une procédure de passation particulière mais aussi en tenant compte des politiques de concurrence des États au niveau macroéconomique.

Article 21, paragraphe 2 c)

63. La Commission est convenue que la durée du délai d'attente devait être fixée par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation et conformément aux prescriptions des règlements en matière de marchés. Il était entendu que ces règlements pourraient définir différents seuils minimums pour différents types de passation et que la Loi type prévoirait que les règlements en matière de marchés devraient prendre en compte le ou les délais d'attente.

Article 21, paragraphe 3 b)

64. Il a été convenu que ce paragraphe devrait être remplacé par le libellé suivant: “Lorsque le prix du marché est inférieur au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation de marchés; ou”. On a fait observer que cette modification rendrait le libellé conforme à celui de la partie pertinente du paragraphe 2 de l’article 28.

Article 21, paragraphe 7

65. Il a été proposé d’insérer à la fin de la dernière phrase les mots “à moins que la prorogation n’ait été accordée à l’entité adjudicatrice par les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission et les entités qui ont fourni la garantie de soumission”. La Commission a pris note des dispositions connexes figurant à l’article 40 du projet et reporté sa décision concernant ce libellé à un stade ultérieur.

66. À l’issue d’un examen ultérieur, il a finalement été convenu d’insérer la disposition suivante (ou un texte équivalent): “à moins que celle-ci ne soit prorogée en vertu de l’article 40-2”.

Article 22, paragraphe 2

67. La Commission a rappelé sa décision concernant le paragraphe 3 b) de l’article 21 (voir par. 64 ci-dessus) et est convenue qu’une modification similaire serait apportée au paragraphe 2 de l’article 22.

Article 23, paragraphe 3

68. On s’est dit préoccupé par la référence au dossier de sollicitation figurant à la seconde phrase du paragraphe. On a estimé qu’en demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de donner leur consentement préalable à la communication d’informations confidentielles pendant la procédure de passation, on favoriserait les manipulations de la part de l’entité adjudicatrice. La Commission est convenue de supprimer les mots “ou si le dossier de sollicitation l’autorise” et d’expliquer dans le Guide que le fait de demander le consentement pour communiquer ces informations devrait être examiné soigneusement en tenant compte des effets négatifs potentiels sur la concurrence.

69. Une question a été soulevée au sujet de la portée que devait avoir la seconde phrase, et il a été convenu de revoir le libellé pour préciser que ces dispositions s’appliquaient uniquement dans le contexte des méthodes de passation mentionnées dans la première phrase.

70. À l’issue de la discussion, il a été convenu que le paragraphe se lirait comme suit: “Les discussions, les communications, les négociations et le dialogue ayant lieu entre l’entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur conformément au paragraphe 3 de l’article 47 et aux articles 48 à 50 de la présente Loi sont confidentiels. Sauf si la législation l’exige ou [*nom du ou des tribunaux*] ou [*nom de l’organe concerné désigné par l’État adoptant*] l’ordonne, aucune partie aux discussions, aux communications, aux négociations ou au dialogue ne divulgue à quiconque des informations techniques, des informations relatives aux prix ou

d'autres informations concernant ces discussions, ces communications, ces négociations ou ce dialogue sans le consentement de l'autre partie."

Article 24

71. Il a été proposé d'ajouter à la première phrase du paragraphe 3, après les mots "sur demande", les mots "à moins que ces informations n'apparaissent pas dans la procédure de passation", en expliquant dans le Guide que certaines informations énumérées au paragraphe 1 ne seraient pas disponibles dans toutes les procédures de passation, par exemple si elles étaient annulées. À l'issue de la discussion, il a été décidé que cette proposition ne serait pas retenue.

72. La Commission a examiné la portée de la divulgation des informations énumérées au paragraphe 1 s) et t) au regard des paragraphes 3 et 4 b) et rappelé que l'objectif était d'établir un principe général de transparence qui ne devrait être modifié que dans la mesure nécessaire pour éviter toute collusion future ou d'autres risques pour la concurrence. La Commission est convenue de revoir ces dispositions afin de trouver un juste équilibre et d'examiner le libellé ultérieurement.

73. Lors d'un examen ultérieur, il a été proposé à la Commission de conserver en l'état le paragraphe 1 s), de déplacer au début du paragraphe les mots "de chaque soumission" se trouvant à la fin et d'en supprimer les mots "ou le mode de détermination du prix".

74. Il a ensuite été proposé de mentionner le "mode de détermination du prix" séparément au paragraphe 1. On a souligné qu'il importait de conserver cette référence au paragraphe 1, compte tenu des explications du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994[6] concernant cette disposition, et de l'importance d'une telle information pour l'entité adjudicatrice, s'agissant par exemple d'examiner les soumissions anormalement basses. Il a en outre été précisé que les informations de ce type étaient toujours commercialement sensibles et qu'elles ne devaient donc pas être accessibles aux concurrents.

75. Sous réserve d'autres modifications du paragraphe 1 s), il a été convenu de conserver le renvoi à cette disposition dans le paragraphe 3.

76. Les avis ont différé sur la nécessité de mentionner au paragraphe 3 l'abandon de la passation de marché. La Commission a décidé de supprimer cette mention, étant entendu qu'en cas d'abandon de la passation de marché, les fournisseurs ou entrepreneurs ne jouiraient pas d'un droit automatique mais devraient saisir un tribunal pour pouvoir accéder à la partie du procès-verbal visée dans ce paragraphe.

77. Après délibération, la Commission a décidé de conserver en l'état le paragraphe 4, notant qu'il fournissait des garanties essentielles contre la divulgation irrégulière des informations figurant au procès-verbal. On s'est toutefois inquiété de la référence au montant des soumissions figurant au paragraphe 4 b), qu'il a été proposé de reconsidérer compte tenu des différences entre les diverses méthodes de

---

[6] Pour le texte du Guide, voir le document A/CN.9/403, reproduit dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXV: 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe II). Le Guide est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf).

passation dont certaines, comme l'appel d'offres, supposaient que le prix des offres soit communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre. La Commission est convenue d'examiner ce point à un stade ultérieur de la session.

78. Après un examen ultérieur, il a été convenu qu'au paragraphe 1 r), les mots "the written procurement contract" seraient remplacés par "a written procurement contract" dans la version anglaise, qu'au paragraphe 1 s) les mots "ou le mode de détermination du prix" seraient supprimés et qu'au paragraphe 4 b), les mots "ainsi qu'au montant des soumissions" seraient supprimés.

79. Il a été convenu de reformuler le paragraphe 3 comme suit: "Sous réserve du paragraphe 4 du présent article, et sauf si elle est divulguée conformément à l'article 41-3 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) est communiquée sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission à retenir dans la passation de marché, sauf si l'entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale. Seul [*nom du ou des tribunaux*] ou [*nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant*] peut ordonner que la partie du procès-verbal visée aux alinéas s) et t) soit divulguée plus tôt."

80. L'insertion dans le libellé proposé des mots "dans la passation de marché" a suscité des doutes. Il a également été jugé souhaitable d'ajouter une référence au paragraphe 1 après les mots "visée aux alinéas p) à t)". On s'est interrogé sur la nécessité du membre de phrase "sauf si l'entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale", compte tenu du contenu du paragraphe 4 a) de l'article. La Commission a décidé de se prononcer sur cette proposition à un stade ultérieur.

81. À l'issue d'un examen ultérieur, la Commission est convenue de remplacer le paragraphe 3 par le libellé suivant: "Sous réserve du paragraphe 4 du présent article ou sauf si elle est divulguée conformément aux dispositions de l'article 41-3 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) du paragraphe 1 du présent article est communiquée sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission à retenir."

82. Il a été convenu de refléter dans le Guide la teneur du membre de phrase supprimé du paragraphe 3, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/729/Add.2, et d'indiquer que l'entité adjudicatrice devrait aviser les fournisseurs ou entrepreneurs de la divulgation d'informations les intéressant contenues dans le procès-verbal.

Article 25

83. On s'est inquiété de la portée de l'article, jugé trop restrictif car il ne régissait que la conduite de l'entité adjudicatrice et pas celle des fournisseurs et entrepreneurs. Compte tenu de l'évolution de la réglementation sur ces questions aux niveaux national, régional et international, il a été jugé essentiel que la CNUDCI entreprenne des travaux dans ce domaine de sorte que l'article puisse être complété par des textes qu'elle élaborerait sur la question. La Commission est convenue d'examiner ce point lorsqu'elle aborderait les travaux futurs qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine des marchés publics.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché

Article 26

84. En réponse à la question de savoir si les accords-cadres ouverts devraient être présentés comme une méthode de passation distincte dans la liste du paragraphe 1 de cet article, la Commission a décidé de conserver l'article en l'état.

Article 29, paragraphe 1 a)

85. Il a été proposé de libeller la disposition comme suit: "Elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article 10 de la présente Loi et estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des aspects de la description de l'objet du marché et les formuler avec la précision requise à l'article 10 de la présente Loi et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins". Le libellé proposé a suscité des inquiétudes étant donné qu'il ne reflétait pas pleinement les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes (dans lequel une description détaillée de l'objet du marché pouvait être fournie au début de la procédure de passation). On a souligné qu'il était nécessaire d'aligner le texte sur celui des paragraphes 2 et 3 de l'article 47. La Commission est convenue de se prononcer sur cette proposition à un stade ultérieur.

86. À l'issue d'un examen ultérieur, il a été proposé de conserver la disposition telle qu'elle figurait dans le document A/CN.9/729/Add.3 en la modifiant légèrement comme suit: "Elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des aspects de la description de l'objet du marché et les formuler avec le niveau de détail requis à l'article 10 de la présente Loi et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins".

Article 29, paragraphe 2 c)

87. On s'est interrogé sur la relation entre le paragraphe 3 de l'article 27 et le paragraphe 2 c) de l'article 29. Il était entendu qu'il ne suffirait pas de se référer uniquement à la sécurité nationale pour répondre à l'exigence du paragraphe 3 de l'article 27 dans de tels cas et que de plus amples explications sur les raisons et circonstances devraient figurer dans le procès-verbal.

Article 30, paragraphe 1 a)

88. La Commission est convenue de supprimer de ce paragraphe les mots "et précise", puisque l'article 10 tel que modifié lors de la session en cours (voir par. 36 ci-dessus) ne mentionnait qu'une description "détaillée" et non une description "précise" de l'objet du marché.

Article 31, paragraphe 1 a)

89. Il a été proposé de remplacer les mots "de manière indéterminée" par les mots "de manière indéterminée ou répétée" ou, à défaut, d'expliquer dans le Guide que l'expression "de manière indéterminée" englobait les achats répétés. Selon un autre point de vue, le recours aux accords-cadres serait toujours justifié en cas de

demande indéterminée, laquelle ne surviendrait pas nécessairement de façon répétée.

90. La Commission est convenue d'employer l'expression "de manière indéterminée ou répétée". Il a également été noté que le Guide expliquerait que la notion de besoins indéterminés inclurait les cas où l'accord-cadre est utilisé pour assurer la sécurité de l'approvisionnement.

Article 32, paragraphe 1, et article 33, paragraphe 5

91. La Commission a rappelé sa décision mentionnée au paragraphe 57 ci-dessus concernant le paragraphe 2 de l'article 17 et confirmé que cette décision vaudrait également pour le paragraphe 1 de l'article 32 et le paragraphe 5 de l'article 33.

Article 32, paragraphe 2

92. On a exprimé la crainte que l'obligation faite par cette disposition de publier l'invitation dans une langue d'usage courant dans le commerce international n'impose aux pays en développement (dont les langues locales n'étaient pas couramment employées dans le commerce international) un travail de traduction excessivement lourd. Il a été observé que l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (1994) n'imposait une exigence équivalente que pour la publication d'un résumé des informations concernant la passation mais non pour la publication du dossier de sollicitation. Il a été précisé que les dispositions du projet de loi type visaient l'invitation et non le dossier de sollicitation.

93. La Commission a accepté les propositions tendant à supprimer toute mention de la langue et du média (tel qu'un journal ou une revue) afin que la disposition se concentre uniquement sur l'objectif visé, à savoir une publication internationale accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux. Elle a décidé d'examiner ultérieurement le libellé modifié.

94. Un représentant d'une banque multilatérale de développement a fait part de ses préoccupations concernant les modifications proposées car il pourrait en résulter une divergence entre les dispositions et les exigences des banques multilatérales de développement en la matière.

95. À l'issue d'un examen ultérieur, la Commission est convenue de remplacer le paragraphe 2 par le libellé suivant: "L'invitation est également publiée au niveau international, de manière à être largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux."

96. Les observateurs d'une banque multilatérale de développement et d'une organisation d'aide au développement se sont déclarés préoccupés par la modification apportée au paragraphe 2 de l'article 32 et au paragraphe 2 de l'article 17 concernant la langue de publication. En effet, le libellé révisé, a-t-on dit, ne favorisait pas la participation des fournisseurs ou entrepreneurs sans distinction de nationalité, un des objectifs de la Loi type aux termes de l'alinéa b) de son préambule. Il a été proposé que si ce libellé était retenu, le Guide expose clairement les motifs des changements apportés.

97. Selon un autre point de vue, le libellé antérieur laissait supposer que l'anglais serait utilisé, ce qui ne serait pas approprié, alors que le libellé révisé tenait compte des pratiques modernes, telles que l'utilisation des communications par Internet.

98. En réponse aux préoccupations des observateurs, il a été convenu d'expliquer dans le Guide que le texte modifié était technologiquement neutre (alors que le texte antérieur, en se référant à un journal ou à une revue de grande diffusion internationale, supposait l'utilisation d'un média papier) et visait à prendre en compte les méthodes de publication modernes. Il a également été convenu que le Guide décrirait les différents moyens de satisfaire aux exigences de la publication internationale, en particulier pour les pays dans lesquels une publication électronique n'était pas possible, et mentionnerait notamment les méthodes spécifiées dans le texte de 1994.

99. La Commission est convenue que le Guide devrait: a) noter que la disposition exige que la publication se fasse dans une langue la rendant en fait accessible à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels dans le contexte de la passation de marché en question; et b) appeler l'attention des États adoptants sur le fait qu'à l'OMC, les dispositions sur la langue de publication des informations liées à la passation de marché (article XVII de l'Accord sur les marchés publics de 1994) étaient considérées comme une garantie importante s'agissant d'assurer la transparence et la concurrence.

Article 32, paragraphe 4

100. Il a été proposé de supprimer les mots "compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché". Cette proposition a suscité des objections car le libellé ainsi modifié permettrait à l'entité adjudicatrice de recourir à la passation de marchés nationaux de manière illimitée. Selon un autre point de vue, il faudrait reformuler les dispositions pour indiquer que les coûts liés à la publication internationale (par exemple, la traduction) seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, raison pour laquelle l'entité adjudicatrice serait autorisée à ne pas publier l'invitation au niveau international.

101. Les modifications proposées ont suscité des préoccupations. Il a été rappelé que les règles internationales et régionales prévoyaient généralement une valeur seuil en deçà de laquelle on considérait que la passation n'intéressait pas les fournisseurs ou entrepreneurs internationaux.

102. La Commission s'est demandé s'il convenait de supprimer l'adjectif "faible" pour éviter toute confusion avec d'autres dispositions de la Loi type mentionnant la faible valeur en tant que seuil mais est convenue de conserver le libellé actuel, notant que la disposition serait expliquée dans le Guide.

Article 33, paragraphe 6

103. Il a été demandé si cette disposition ne devrait pas également renvoyer au paragraphe 4 a) de l'article 29. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné la question et que son intention était d'exclure toute référence aux situations d'urgence simple afin d'éviter que l'entité adjudicatrice n'utilise abusivement les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique. Pour éviter toute confusion, il a été proposé de remplacer le mot "urgence" par "événement catastrophique".

104. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue d'ajouter un renvoi au paragraphe 4 a) de l'article 29.

Chapitre III. Appel d'offres ouvert

Article 36, paragraphe c)

105. Il a été suggéré que l'alinéa commence par l'expression "Un résumé des".

106. La Commission est convenue de libeller la disposition comme suit: "Un résumé des critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et des pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi."

Article 41, paragraphe 2

107. La Commission est convenue de remplacer le paragraphe 2 par le libellé suivant: "Tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres, ou leurs représentants, sont autorisés par l'entité adjudicatrice à participer à l'ouverture des offres." Il était entendu que le Guide expliquerait que les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient participer en personne ou virtuellement à l'ouverture des offres, les deux formes de participation étant couvertes par la disposition, conformément au principe de neutralité technologique qui sous-tend la révision de la Loi type.

Article 42

108. En conséquence de l'introduction du nouvel article 15 *bis* (voir par. 52 ci-dessus), la Commission est convenue de supprimer le paragraphe 1 de l'article 42, de renuméroter les paragraphes suivants et de modifier les renvois de l'article 42, notamment en insérant un renvoi au nouvel article dans ce qui deviendrait le paragraphe 2 b).

Chapitre IV. Procédures concernant l'appel d'offres restreint, la demande de prix et la demande de propositions sans négociation

Article 46, paragraphe 2 b)

109. La Commission est convenue que la disposition commencerait par les mots "Une description détaillée".

Article 46, paragraphe 4 d), et article 48, paragraphe 5 d)

110. La Commission est convenue de remplacer, dans ces paragraphes et dans les passages similaires de l'ensemble de la Loi type, les mots "formulé ou exprimé" par "formulé et exprimé."

Chapitre V. Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique

Article 47, paragraphe 4 b)

111. La Commission est convenue que la disposition devrait interdire à l'entité adjudicatrice de modifier "l'objet du marché" en s'inspirant de la même interdiction

énoncée au paragraphe 9 de l'article 48. Il a été convenu que le Guide expliquerait ce qui serait considéré comme une modification de l'objet du marché.

112. En conséquence, la Commission est convenue de modifier la disposition comme suit:

> "b) Lorsqu'elle révise les conditions applicables à la passation de marché, elle ne peut modifier l'objet du marché mais peut préciser des points de la description de ce dernier:
>
> > i) En supprimant ou modifiant tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché énoncées initialement, et en ajoutant toute nouvelle caractéristique qui soit conforme aux exigences de la présente Loi;
> >
> > ii) En supprimant ou modifiant tout critère d'examen ou d'évaluation des offres énoncé initialement et en ajoutant tout nouveau critère qui soit conforme aux exigences de la présente Loi, dans la mesure uniquement où cette suppression, cette modification ou cet ajout est rendu nécessaire par la modification des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché."

Article 47, paragraphe 4 e)

113. La Commission est convenue d'actualiser le renvoi au paragraphe 4 b) de l'article 42 compte tenu des modifications qu'elle est convenue d'apporter à l'article 42 (voir par. 108 ci-dessus).

Chapitre VI. Enchères électroniques inversées

Articles 52 et 53, titres

114. La Commission est convenue d'intituler l'article 52 "Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marché autonome" et l'article 53 "Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché".

Article 52, paragraphe 1 c)

115. Une question a été soulevée concernant le membre de phrase "le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties". On s'est opposé à ce que ce membre de phrase soit supprimé dans cette disposition et dans d'autres dispositions pertinentes, jugées essentielles pour la transparence; la mention des conditions du marché n'était pas considérée comme suffisante.

116. La Commission est convenue de conserver le libellé actuel et de préciser dans le Guide qu'il n'était pas prévu qu'un contrat soit signé au début de la procédure de passation.

Article 52, paragraphes 1 k) et 2

117. Il a été convenu de libeller le paragraphe 1 k) de l'article 52 comme suit: "[k) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère est limité en application du paragraphe 2 du présent article, le nombre maximum fixé, ainsi que les critères et la procédure qui seront appliqués conformément au paragraphe 2 du présent article pour les sélectionner;]"

118. Il a été convenu d'ajouter à la fin de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 52 les mots suivants: "et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant s'inscrire de manière non discriminatoire".

Article 52, note de bas de page

119. Il a été proposé d'adjoindre au paragraphe 2 la même note de bas de page que celle qui accompagnait le paragraphe 1 k). Selon une autre proposition, la note de bas de page devait être supprimée, étant entendu que toutes les dispositions de la Loi type étaient facultatives pour les États adoptants. Cette dernière proposition a été appuyée, ainsi que la suppression des autres notes de bas de page dans le texte de la Loi type.

120. Il a été dit que si cette note de bas de page était supprimée, il faudrait également supprimer les dispositions des paragraphes 1 k) et 2 et éventuellement les placer dans le Guide.

121. La Commission a décidé de conserver le texte des paragraphes 1 k) et 2 entre crochets sans notes de bas de page mais d'expliquer dans le Guide pourquoi ces dispositions étaient entre crochets.

122. On s'est généralement opposé à cette solution, ainsi qu'à la mise entre crochets ou entre parenthèses de parties du texte de la Loi type, sauf dans les cas où les États adoptants étaient invités à insérer des informations manquantes, telles que le nom d'une instance compétente. On a signalé que l'explication dans le Guide concernant l'application des dispositions de la Loi type devrait suffire. Selon un autre point de vue, il était courant de recourir aux parenthèses, aux crochets et aux notes de bas de page, lorsque c'était nécessaire, dans les lois types de la CNUDCI. La Commission a décidé de se prononcer ultérieurement sur l'utilisation de parenthèses et de crochets dans le texte. (On trouvera aux paragraphes 175 à 178 ci-après un examen plus approfondi de ces questions.)

Article 53, nouveau paragraphe 3

123. La Commission est convenue d'ajouter un nouveau paragraphe 3 libellé comme suit: "3. Lorsqu'une évaluation des offres initiales a eu lieu, chaque invitation à l'enchère est également accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle est adressée."

Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres

Article 57

124. On a demandé pourquoi l'article 57 ne faisait pas référence à la déclaration visée à l'article 8 alors que l'article 59 y renvoyait. Il a été précisé que dans le contexte des accords-cadres fermés, les dispositions régissant les méthodes de passation pouvant être utilisées pour l'attribution contenaient déjà l'exigence d'une telle référence.

125. La Commission est convenue que le paragraphe 2 commencerait par les mots suivants: "Les dispositions de la présente Loi qui régissent la préqualification et le contenu..."

Article 58, paragraphe 1, nouvel alinéa f)

126. La Commission est convenue d'ajouter un nouvel alinéa f) libellé comme suit: "Le mode d'attribution du marché".

Article 59

127. La Commission a rappelé sa décision concernant la note de bas de page et les dispositions de l'article 52 auxquelles elle se rapportait (voir par. 121 ci-dessus) et confirmé que cette décision s'appliquerait également à la note de bas de page et aux dispositions de l'article 59 auxquelles elle se rapportait.

128. La Commission est convenue de modifier le paragraphe 2 comme suit: "L'entité adjudicatrice sollicite la participation à l'accord-cadre ouvert en faisant publier une invitation à devenir partie à l'accord conformément aux exigences de l'article 32 de la présente Loi"; de supprimer l'alinéa c) du paragraphe 3, ses dispositions étant superflues compte tenu de l'alinéa b) du paragraphe 3, et de renuméroter en conséquence les alinéas suivants du paragraphe 3; de remplacer au sous-alinéa ii) de l'alinéa e) du paragraphe 3 les mots "conformément à la présente Loi" par les mots "conformément au paragraphe 7 du présent article"; et d'ajouter à la fin de la première phrase du paragraphe 7 les mots suivants: "et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à l'accord-cadre ouvert de manière non discriminatoire".

Article 61, paragraphe 4 a)

129. Il a été proposé de supprimer le membre de phrase "ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché". On a expliqué qu'autrement ces dispositions pourraient donner lieu à des abus, étant donné que l'entité adjudicatrice disposait d'un pouvoir d'appréciation illimité pour décider quels fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre étaient capables de fournir l'objet du marché. On a fait remarquer que dans les accords-cadres autres qu'électroniques, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord ne serait pas important au point qu'il devienne difficile pour l'entité adjudicatrice de signaler les possibilités de marché à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et que dans le contexte des accords-cadres électroniques, pour lesquels le nombre de parties pouvait être important, les moyens de communication électroniques permettraient d'informer toutes les parties à moindre coût et rapidement.

130. Selon un autre avis, dans certains pays, les fournisseurs ou entrepreneurs parties à un accord-cadre étaient tenus de participer à la mise en concurrence lorsqu'ils recevaient une invitation de l'entité adjudicatrice. On a également mentionné l'utilisation dans la pratique des accords-cadres par les centrales d'achat, qui risquaient de devoir supporter des frais élevés si elles étaient tenues d'inviter de nombreux fournisseurs parties à l'accord-cadre et d'examiner un grand nombre de soumissions émanant de fournisseurs qui n'étaient pas en mesure de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Il a été expliqué que si certains fournisseurs ou entrepreneurs parties à un accord-cadre signalaient à l'entité adjudicatrice dès le début de la procédure de passation qu'ils n'étaient pas sûrs de pouvoir livrer certaines parties de l'objet du marché, l'entité adjudicatrice ne devrait pas les inviter. On a fait observer qu'il faudrait donc trouver un juste équilibre entre les

garanties contre les abus et les considérations d'efficacité et de faisabilité. La Commission est convenue de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur.

131. À l'issue d'un examen ultérieur, le texte suivant a été proposé pour un nouvel alinéa a):

"a) L'entité adjudicatrice adresse une invitation écrite à présenter des soumissions simultanément:

i) À chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre; ou

ii) Seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché, à condition que dans le même temps toutes les parties à l'accord-cadre soient avisées de la mise en concurrence de la deuxième étape afin qu'elles aient la possibilité d'y participer;".

132. L'avis a été exprimé que le sous-alinéa ii) était inutile et que seules les dispositions du chapeau et du sous-alinéa i) devraient être retenues. À l'appui de ce point de vue, on a souligné que les dispositions risquaient autrement d'ouvrir la voie à la corruption en donnant à l'entité adjudicatrice un pouvoir d'appréciation illimité pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs capables de répondre à ses besoins.

133. Selon l'avis qui a prévalu, le libellé proposé plus haut au paragraphe 131 offrait le compromis souhaité en traitant à la fois de la transparence et de l'efficacité et devait donc être inclus en tant que nouvel alinéa a).

134. Il a été convenu de noter dans le Guide que pour éviter à l'entité adjudicatrice de faire face à de nombreuses contestations concernant son évaluation de la capacité des fournisseurs ou entrepreneurs de fournir l'objet du marché, l'accord-cadre devrait clairement établir des procédures et critères clairs lui permettant de déterminer quels fournisseurs ou entrepreneurs étaient en mesure de répondre à ses besoins.

135. Il a été convenu que le Guide expliquerait les moyens de satisfaire à l'obligation de notification en insistant sur diverses considérations, telles que les coûts et l'existence de moyens électroniques de communication, et en précisant que la nature de l'avis adressé pourrait varier à mesure que s'amélioreraient les modes de communication.

Article 62, titre

136. Il a été proposé que le titre de l'article soit libellé comme suit: "Modifications [possibles] pendant la durée d'application d'un accord-cadre". Selon un autre avis, le titre devait retenir l'idée qu'aucune modification substantielle, en particulier en ce qui concernait l'objet du marché, ne devait être apportée pendant la durée d'application d'un accord-cadre. On a fait observer que le titre devait illustrer la teneur de l'article, qui ne faisait pas référence à des modifications substantielles. On a rappelé le débat que le Groupe de travail avait eu à propos du terme "modification substantielle", et noté en particulier qu'il avait alors été décidé d'éviter toute référence à cette notion dans la Loi type, car il n'était pas facile de la définir. Selon un autre avis, le terme "modification substantielle" devait être interprété comme tout changement qui aurait une incidence sur le groupe de concurrents intéressés à

participer à une procédure de passation, cette interprétation devant prévaloir en toutes circonstances lors de l'application de la Loi type. La Commission a remis à plus tard l'examen du titre de cet article.

137. À l'issue d'une discussion ultérieure, il a été convenu que le titre se lirait comme suit: "Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre".

Chapitre VIII. Contestations et appels

Titre

138. La Commission est convenue que le titre du chapitre serait "Procédures de contestation".

Terminologie

139. Il a été convenu de simplifier la terminologie utilisée dans l'ensemble du chapitre et, en particulier, d'employer le terme "réexamen" pour l'examen des réclamations dont l'entité adjudicatrice était saisie en vertu de l'article 65, le terme "révision" pour l'examen des réclamations soumises à l'instance indépendante en vertu de l'article 66 et le terme "appel" uniquement pour les recours judiciaires.

140. On a souligné également qu'il était souhaitable d'harmoniser dans la mesure du possible les références au groupe de personnes devant être informées des décisions ou mesures prises en vertu du chapitre VIII. On a rappelé les délibérations et les décisions du Groupe de travail concernant les différents groupes de personnes devant être informées en fonction des décisions et mesures en question.

Article 63

141. On s'est vivement opposé au maintien des dispositions de l'article 63 telles qu'elles étaient libellées. On s'est inquiété de ce que cet article ne donnait pas aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés une idée précise des possibilités qui leur étaient offertes pour engager une procédure de contestation ou d'appel et ne décrivait pas les différentes étapes qu'ils devraient suivre. On a également fait observer que cet article s'inspirait du système parallèle de recours alors que de nombreux pays appliquaient un système hiérarchique. Il n'était pas du tout certain que, dans les pays qui choisiraient d'investir dans la création d'une instance administrative indépendante, les fournisseurs ou entrepreneurs soient autorisés, en règle générale et non à titre exceptionnel, à saisir directement les tribunaux (en contournant l'instance administrative). Il a donc été proposé soit de reformuler l'article de manière à proposer plusieurs possibilités qui pourraient être envisagées par l'État adoptant, sans donner de préférence à une possibilité particulière, soit de le supprimer complètement. Dans ce dernier cas, a-t-on suggéré, un texte entre crochets pourrait être inséré à la place du texte supprimé, invitant les États adoptants à envisager quel mécanisme de contestation et d'appel devrait être mis en place sur leur territoire, à examiner en particulier si une instance administrative y existait déjà et à faire le point de l'efficacité de leur système judiciaire.

142. En réponse à cette proposition, des doutes ont été exprimés quant à savoir si la Loi type pourrait énoncer tous les scénarios envisageables dans une procédure de contestation et d'appel en vertu du chapitre VIII du projet. Il a été jugé plus approprié de conserver le texte de l'article 63 en l'état et de décrire tous les

scénarios possibles dans le Guide. On a fait observer que ce chapitre reflétait le consensus auquel le Groupe de travail était parvenu. On s'est également dit favorable à l'approche actuelle du libellé du chapitre VIII, qui, de l'avis de certaines délégations, assurait l'efficacité du système de recours. On s'est dit préoccupé de ce que le fait d'exiger l'épuisement des recours auprès d'une instance avant de s'adresser à l'autre pourrait avoir des conséquences négatives tant pour l'entité adjudicatrice que pour les fournisseurs ou entrepreneurs: ceux-ci pourraient être contraints de traiter avec des instances moins efficaces ou plus corrompues avant de pouvoir saisir l'instance la plus efficace, ce qui pourrait réduire à néant l'efficacité du mécanisme de recours; du point de vue de l'entité adjudicatrice, exiger des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils prennent une série de mesures pourrait provoquer de longues suspensions et entraîner des coûts supplémentaires.

143. Selon d'autres avis, il fallait absolument faire preuve de souplesse en ce sens que ce chapitre illustrait les normes minimales du mécanisme de contestation et d'appel énoncées dans les instruments internationaux applicables tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption[7] et l'Accord sur les marchés publics de l'OMC de 1994. Il a été rappelé que lors d'une précédente session de la Commission, il avait été clairement indiqué qu'il n'était pas prévu dans la Loi type d'imposer aux États adoptants le type de mécanisme de recours qu'ils devraient appliquer. On a donc jugé préférable de laisser aux États adoptants toutes les possibilités envisageables.

144. Dans la discussion qui a suivi, il a été proposé de scinder le paragraphe 1 en deux parties: la première portant sur les obligations auxquelles devraient satisfaire les fournisseurs ou entrepreneurs pour pouvoir engager une procédure de contestation ou d'appel (partie qui reprendrait pour l'essentiel les dispositions de l'article 52 du texte de 1994), la seconde traitant de l'organisation du mécanisme de contestation et d'appel dans un État adoptant, et notamment de la question de savoir s'il devrait s'agir d'un mécanisme parallèle ou hiérarchique. Sur ce dernier point, il a été proposé que les notes de bas de page 7 et 14 de l'actuel projet accompagnent la seconde partie. On s'est interrogé sur la nécessité de conserver cette seconde partie dans la Loi type. Il a été proposé d'en reprendre la teneur dans une note de bas de page qui accompagnerait l'article 63 ou dans le Guide.

145. Dans la suite des discussions, il a été proposé de conserver dans la Loi type le texte du paragraphe 1 jusqu'aux mots "cette décision ou cet acte", ainsi que le paragraphe 2, et de supprimer les autres dispositions de l'article, étant entendu que le Guide expliquerait les possibilités s'offrant aux États adoptants, notamment en ce qui concerne la hiérarchie des recours et les étapes successives.

146. À l'issue d'une discussion ultérieure, la Commission est convenue que le titre de l'article serait "Droit de contestation et d'appel" et que l'article se lirait comme suit:

> "1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison d'une décision ou d'un acte de l'entité adjudicatrice qu'il estime non conforme aux dispositions de la présente Loi peut contester cette décision ou cet acte.

---

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

2. Une procédure de contestation peut être engagée en introduisant [une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 65 de la présente Loi, une demande en révision auprès de [*nom de l'instance indépendante*] en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou un appel auprès du [*nom du ou des tribunaux*].]"

147. Dans la discussion qui a suivi, il a été convenu que le paragraphe 2 de l'article 63 proposé au paragraphe 146 ci-dessus devrait également mentionner les demandes adressées à des tribunaux afin que ceux-ci puissent examiner en première instance les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice pendant la procédure de passation.

148. Il a été convenu que le Guide devrait contenir des dispositions qui, sous réserve de l'exactitude terminologique, pourraient être libellées comme suit: "L'État adoptant peut s'il le souhaite ajouter des dispositions régissant la succession des demandes et permettre à une instance indépendante ou à un tribunal d'examiner une demande en révision; la demande de réexamen peut être suivie d'une demande en révision ou d'une demande de recours judiciaire, conformément à la législation interne incorporant la Loi type."

149. Il a été dit que, si le paragraphe 2 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/729/Add.8 était supprimé, l'article 69 devrait être conservé. (On trouvera aux paragraphes 171 à 174 ci-après un examen plus approfondi de ce point et la décision de la Commission d'ajouter un nouveau paragraphe 3 à l'article 63.)

Article 64, paragraphe 1, et article 65, paragraphe 3

150. On s'est inquiété des effets des dispositions précitées sur l'entrée en vigueur du marché et notamment du fait qu'elles risquaient de retarder considérablement la passation du marché. On a rappelé les délibérations du Groupe de travail sur les questions de principe qui sous-tendaient la rédaction du chapitre VIII.

151. On s'est interrogé sur la ou les formalités particulières que recouvrait l'expression "conclusion du marché" au paragraphe 1 de l'article 64. Il a été demandé si l'expression visait uniquement l'expédition de l'avis d'acceptation de la soumission à retenir ou également la demande ou l'obtention de l'approbation d'un organe compétent et la signature du marché. Il a été proposé de clarifier le libellé du paragraphe 1 de l'article 64 sur ce point, en disposant par exemple que "l'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure pour faire entrer en vigueur le marché", afin d'englober toutes les formalités menant à l'entrée en vigueur du marché conformément à l'article 21 du projet. La Commission a décidé de se prononcer sur le libellé final de ces dispositions à un stade ultérieur. (On trouvera au paragraphe 152 ci-dessous la décision concernant le libellé final de l'article 64.)

Article 64

152. La Commission est convenue que le titre du chapitre serait "Effet d'une contestation" et que les paragraphes 1 et 2 de l'article se liraient comme suit:

"1. L'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre dans la procédure de passation de marché concernée:

a) Lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen dans les délais fixés à l'article 65-2; ou

b) Lorsqu'une demande en révision lui est notifiée par le [*nom de l'instance indépendante*] conformément à l'article 66-5 b); ou

c) Lorsqu'une demande ou un appel lui est notifié par le [*nom du ou des tribunaux*].

2. L'interdiction visée au paragraphe 1 prend fin à l'expiration d'un délai de ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] après que la décision de l'entité adjudicatrice, du [*nom de l'instance indépendante*] ou du [*nom du ou des tribunaux*] a été communiquée au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à l'entité adjudicatrice le cas échéant et à tous les autres participants à la procédure de contestation."

153. Il a été convenu que le Guide expliquerait le terme "participants à la procédure de contestation" et indiquerait que les États adoptants pourraient choisir d'employer un autre terme pour désigner les entités qui devraient avoir un intérêt à participer à la procédure.

154. La Commission est convenue de supprimer les mots "ou d'appel" et "ou à l'appelant selon le cas" au paragraphe 3 b) de cet article.

Article 65, paragraphes 4 et 7

155. Il a été convenu de placer entre crochets, dans ces deux paragraphes, les dispositions suivantes: "[devant le [*nom de l'instance indépendante*] en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou le [*nom du ou des tribunaux*]]".

Article 66

156. Il a été convenu de:

a) Supprimer dans le titre et dans l'ensemble de l'article les mots "appels" et "appelant selon le cas";

b) Libeller le paragraphe 1 comme suit: "Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à [*nom de l'instance indépendante*] de réexaminer une décision ou un acte pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché, ou lorsque cette dernière n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 65 de la présente Loi dans les délais fixés par ce même article"; et

c) Supprimer du paragraphe 2 d) les mots suivants: "Les appels contre les décisions rendues par l'entité adjudicatrice en application de l'article 65 de la présente Loi, ou", et y remplacer le mot "appelant" par le mot "demandeur".

157. Il a été estimé que les paragraphes 4 et 5 étaient trop détaillés et que certaines dispositions pourraient en être supprimées. On a toutefois insisté sur la nécessité de conserver les dispositions traitant des "considérations urgentes d'intérêt général".

158. La Commission est convenue de conserver les paragraphes 4 et 5 et d'ajouter à la fin du paragraphe 5 a) les mots suivants: "conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article".

159. Il a été proposé de reformuler le paragraphe 8 qui, en l'état, supposait que l'entité adjudicatrice remette physiquement les documents visés à l'instance indépendante. Il a été expliqué que l'entité ne pourrait peut-être pas s'acquitter de cette obligation dans le cas d'informations classifiées ou d'un volume d'informations important. Il a donc été proposé de libeller la disposition comme suit: "L'entité adjudicatrice fournit à [*nom de l'instance indépendante*] tous les documents qui se rapportent à la passation de marché ou lui donne accès à tous ces documents".

160. Selon l'avis opposé, les modifications proposées risquaient de mettre l'instance indépendante dans une situation défavorable et incommode car elles laissaient entendre que cette dernière serait tenue de se rendre dans les locaux de l'entité adjudicatrice et de demander l'accès aux documents. Les dispositions figurant dans le texte étaient donc jugées appropriées. Selon un autre avis, il serait possible de reformuler les dispositions en termes plus généraux, en indiquant par exemple que l'entité adjudicatrice est tenue de fournir tous les documents à l'instance indépendante de sorte que cette dernière y ait effectivement accès.

161. Il a été proposé de clarifier le début de la disposition dans le texte anglais pour bien montrer que l'appel émanait du fournisseur ou de l'entrepreneur et non de l'instance indépendante.

162. La Commission a reporté sa décision sur le libellé du paragraphe 8 à un stade ultérieur.

163. À l'issue d'une discussion ultérieure, il a été convenu que le paragraphe 8 se lirait comme suit: "Dès qu'elle reçoit la notification visée au paragraphe 5 b) du présent article, l'entité adjudicatrice donne à [*nom de l'instance indépendante*] accès à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché, d'une manière appropriée aux circonstances." Il a été convenu que le Guide expliquerait par quels moyens (physiques ou virtuels) l'accès aux documents serait accordé dans la pratique, et que les documents pertinents pourraient être fournis par étapes (par exemple, une liste de l'ensemble des documents pourrait être fournie d'abord à l'instance indépendante afin qu'elle puisse déterminer lesquels sont pertinents pour la procédure dont elle est saisie).

164. L'emploi des adjectifs "légal" et "illégal" au paragraphe 9 a suscité des inquiétudes. D'autres expressions telles que "violant la loi", "considéré comme illégal/légal", "jugé illégal/légal", ont été proposées. La Commission a décidé de se prononcer ultérieurement sur le libellé.

165. À l'issue d'une discussion ultérieure, il a été convenu que les alinéas a) à e) et h) du paragraphe 9 seraient libellés comme suit:

> "a) Interdire à l'entité adjudicatrice de prendre une décision ou un acte ou d'appliquer une procédure contraires aux dispositions de la présente Loi;
>
> b) Exiger que l'entité adjudicatrice ayant agi ou procédé d'une manière contraire aux dispositions de la présente Loi agisse, procède ou se prononce conformément aux dispositions de la présente Loi;
>
> [c) Annuler en tout ou en partie un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi[, à l'exception de

tout acte ou toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre];

d) Réviser une décision de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi[, à l'exception de tout acte ou toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre];

d *bis*) Confirmer une décision de l'entité adjudicatrice;

e) Annuler l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre entré en vigueur d'une manière contraire aux dispositions de la présente Loi et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a déjà été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution;]

…

h) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé une demande du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi durant la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi[, ledit dédommagement se limitant soit aux coûts de l'établissement de la soumission, soit aux coûts afférents à la demande, soit à l'ensemble de ces coûts]; ou"

166. Il a été convenu de remplacer au paragraphe 10 les mots "procédure de contestation ou d'appel" par les mots "demande en révision".

Article 67

167. La Commission est convenue de supprimer le mot "appel" dans le titre et dans l'ensemble de l'article et, au paragraphe 3 de la version anglaise, les mots "relevant challenge or appeal". Elle est également convenue d'ajouter les mots "dûment informé de la procédure" après les mots "Un fournisseur ou entrepreneur" au début de la seconde phrase du paragraphe 1.

168. On s'est interrogé sur l'emploi des mots "toute autorité publique" dans le texte. Il était entendu que cette expression serait expliquée dans le Guide.

Article 68

169. Il a été proposé d'indiquer dans l'article qu'un accès restreint aux informations classifiées serait possible. Il était entendu qu'aucune modification en ce sens n'était nécessaire dans l'article.

170. La Commission est convenue de supprimer le mot "appel" dans le titre et dans l'article.

Article 69 et modifications correspondantes à l'article 63 (ajout d'un nouveau paragraphe 3)

171. Il a été demandé si l'article 69 était nécessaire. Selon un avis largement partagé, il était essentiel de mentionner les recours judiciaires dans le chapitre VIII, soit à l'article 69, soit en étoffant l'article 63. La Commission a décidé de se prononcer sur la question à un stade ultérieur.

172. Au cours d'une discussion ultérieure, l'avis a été exprimé que l'article 69 devrait être supprimé. La suppression de l'article a été appuyée à la condition qu'un nouveau paragraphe 3 soit inséré à l'article 63 pour souligner qu'en vertu des instruments internationaux, l'État adoptant était tenu d'avoir un mécanisme d'appel en deux étapes. Ce libellé supplémentaire s'inspirerait du paragraphe 2 du projet d'article 63 figurant dans le document A/CN.9/729/Add.8 et pourrait se lire comme suit: "Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue dans une procédure de contestation devant le [*nom du ou des tribunaux*]."

173. On s'est dit préoccupé par le libellé proposé car il suggérait des conditions à remplir pour faire appel d'une décision de justice, ce qui ne relevait pas de la Loi type.

174. À l'issue de la discussion, il a été convenu de supprimer l'article 69 et d'insérer un nouveau paragraphe 3 libellé comme suit: "Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue dans une procédure de contestation visée à l'article 65 ou 66 de la présente Loi devant le [*nom du ou des tribunaux*]."

Notes de bas de page, utilisation de parenthèses et de crochets

175. L'avis a été exprimé que certaines notes de bas de page du chapitre VIII devraient être supprimées. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur l'opportunité d'inclure des notes de bas de page dans la Loi type (voir par. 119 à 122 ci-dessus) et décidé d'examiner la question dans son ensemble à un stade ultérieur de la session.

176. À l'issue d'une discussion ultérieure, il a été convenu que toutes les notes de bas de page figurant actuellement dans le chapitre VIII seraient supprimées et reprises en substance dans le Guide, et qu'une nouvelle note de bas de page concernant le titre de ce chapitre serait insérée pour inviter les États adoptants à envisager les diverses possibilités de texte expliquées dans le Guide.

177. Il a été convenu que toutes les autres notes de bas de page du projet de texte révisé de la Loi type, hormis celles qu'il avait été expressément décidé de supprimer pendant la session en cours de la Commission, seraient maintenues dans la Loi type.

178. Il a été également convenu que les parenthèses devaient être utilisées lorsque cela était nécessaire pour des raisons grammaticales et que les crochets devaient être utilisés lorsque cela était nécessaire pour signaler aux États adoptants que le texte est facultatif. Dans ce dernier cas, on a fait observer que les crochets étaient destinés à appeler l'attention des États sur les considérations figurant dans le Guide qui pourraient influer sur leurs décisions sur la manière de promulguer le texte.

Finalisation de la Loi type

179. La Commission a autorisé le Secrétariat à établir le texte final de la Loi type en y incorporant les modifications qu'il avait été convenu d'apporter lors de la session au document A/CN.9/729 et à ses additifs, en renumérotant les articles en conséquence de l'introduction du nouvel article 15 *bis*, en modifiant les renvois et en apportant à l'ensemble du texte les autres modifications rédactionnelles nécessaires.

Commentaires généraux

180. On a salué les efforts déployés pour établir la Loi type révisée mais l'avis a été exprimé que certaines de ses dispositions mettaient trop l'accent sur les marchés publics en tant qu'outil de promotion du commerce international. Selon cet avis, les marchés publics, dans de nombreux pays en développement, étaient utilisés comme un moyen de renforcer les capacités locales, promouvoir les petites et moyennes entreprises locales et mettre en œuvre d'autres politiques socioéconomiques et environnementales de l'État. La Commission a été instamment priée de tenir compte des réalités sociales et économiques de divers pays lors de l'élaboration du Guide, et d'éviter d'indiquer que le texte devrait être directement incorporé dans la législation nationale sans modification permettant de prendre en compte ces questions.

C. Élaboration d'un Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type révisée

181. On a souligné l'importance d'un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, complément indispensable de celle-ci. On a rappelé que le Guide devait formuler à l'intention des États adoptants des recommandations sur la façon d'appliquer la Loi type et il était entendu qu'il devrait être approuvé par la Commission à sa prochaine session. Il a donc été convenu que les travaux de finalisation du Guide devraient être menés de la manière la plus efficace et la plus pragmatique possible. Les avis ont toutefois divergé sur la question de savoir si le Groupe de travail devrait se réunir à nouveau pour finaliser le Guide. De l'avis de certaines délégations, une nouvelle réunion était inutile: les grandes questions de principe avaient fait l'objet d'un accord et étaient traitées dans la Loi type, et le Secrétariat pourrait donc finaliser le Guide en consultation avec des experts. À l'appui de cet avis, il a été dit que: a) le Secrétariat devrait présenter la version finale du Guide à la Commission pour adoption à sa quarante-cinquième session, en 2012; b) la Commission devrait se voir allouer un nombre suffisant de jours à cette fin; et c) si le Groupe de travail devait se réunir avant la prochaine session de la Commission, il ne devrait tenir qu'une seule session, de préférence au printemps 2012. Selon une autre opinion, compte tenu des incertitudes budgétaires, il n'était pas souhaitable que le Groupe de travail se réunisse avant la session de 2012 de la Commission. Des solutions autres que la tenue de sessions par le Groupe de travail ont été examinées, telles que des réunions d'un comité de travail, des réunions informelles avant la session de la Commission ou des réunions de groupe d'experts semblables à celles que le Secrétariat convoquait habituellement.

182. Selon le point de vue opposé, il était essentiel que le Groupe de travail poursuive l'élaboration du Guide, d'autant qu'un certain nombre de questions de principe (dont certaines risquaient d'être difficiles à résoudre) avaient été renvoyées au Guide. Il importait, a-t-on estimé, que toutes les délégations participent au règlement de ces questions. La tenue d'au moins une session du Groupe de travail avant la prochaine session de la Commission a donc été appuyée. Il a été ajouté que le projet de guide étant un long document et que la Commission ne serait pas en mesure, pendant sa session, de l'examiner en entier de manière suffisamment détaillée pour en assurer la qualité.

183. On a rappelé les différences existant, notamment du point de vue budgétaire, entre les sessions intergouvernementales formelles et des réunions informelles de groupes d'experts convoquées par le Secrétariat. On a estimé que de simples réunions informelles tenues en lieu et place d'une session du Groupe de travail n'étaient pas viables, en partie parce que l'on s'attendait à ce que le Guide soit finalisé dans un cadre intergouvernemental formel. Il a été souligné que lorsque des experts se réunissaient, ils agissaient à titre personnel et non en tant que représentants des États; puisque le Guide devait être un document de la CNUDCI, il était essentiel que tous les États puissent participer à son élaboration. On s'est dit préoccupé en outre par le fait que les réunions informelles, contrairement aux sessions intergouvernementales formelles, ne pourraient bénéficier des ressources nécessaires aux services d'interprétation et de traduction dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Il était jugé essentiel que le texte du Guide soit disponible dans toutes les langues officielles de l'Organisation bien avant la session de la Commission afin que les États et les organisations intéressées puissent faire part de leurs commentaires.

184. La Commission est convenue provisoirement qu'il serait bon que le Groupe de travail se réunisse une fois avant sa prochaine session, à la fin de l'automne 2011 ou au début de 2012, mais qu'elle prendrait sa décision finale sur ce point lorsqu'elle aurait pu examiner l'ensemble des questions concernant ses réunions futures. (On trouvera aux paragraphes 334 à 350 ci-après un examen plus approfondi de cette question.) Le Secrétariat a été prié d'avancer le plus possible les travaux concernant le Guide en vue de cette session du Groupe de travail en tenant des consultations informelles avec des experts. Selon l'avis qui a prévalu, lors de l'élaboration de la Loi type, les réunions auxquelles les experts participaient en personne s'étaient avérées plus efficaces que les téléconférences ou les échanges de commentaires et de documents.

185. Il a été proposé que la Commission examine à une session ultérieure si certains thèmes traités dans le Guide (tels que les marchés de la défense) et d'autres questions susceptibles d'intéresser les utilisateurs ou certaines régions, pourraient être traités en détail non pas dans le Guide mais dans des documents complémentaires.

186. En réponse à la question de savoir comment faire en sorte que le Guide soit un document vivant, il a été proposé de l'actualiser électroniquement sur le site Web de la CNUDCI. Il a été souligné que le Secrétariat devrait entretenir des contacts réguliers avec des experts pour suivre l'évolution de la réglementation des marchés publics. Il a été dit que le Secrétariat pourrait présenter à la Commission des rapports périodiques contenant des informations et des propositions, et qu'il reviendrait à la Commission d'autoriser que les modifications proposées soient apportées au Guide. Les nombreuses connaissances spécialisées accumulées lors de l'élaboration de la Loi type révisée et du Guide révisé pourraient être exploitées au moyen d'un tel mécanisme sans qu'il soit nécessaire de convoquer un groupe de travail.

187. La création d'un bloc-notes en ligne sur la Loi type et les principes de fonctionnement de ce bloc-notes ont été annoncés. L'objectif était de créer un lieu ouvert pour l'échange de commentaires sur l'application de la Loi type et l'utilisation de son Guide.

D. Promotion de la Loi type révisée

188. Le Secrétariat a présenté à la Commission un compte rendu oral des activités qu'il avait entreprises pour promouvoir les travaux de cette dernière dans le domaine des marchés publics et les instruments issus de ces activités. Il a indiqué que ces activités consistaient principalement en conférences, publications et projets d'assistance technique. Il a donné en exemple un projet qui serait mené conjointement avec la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et l'OSCE à partir de septembre 2011 pour les pays de la Communauté d'États indépendants et la Mongolie. Il a expliqué que ce projet visait à promouvoir l'utilisation de la Loi type révisée dans ces pays, dont certains s'étaient fondés sur le texte de 1994 pour élaborer leur législation sur la passation des marchés.

189. Il a été souligné que les États devaient jouer un rôle plus actif, en particulier par l'intermédiaire de leurs organismes donateurs, pour promouvoir l'utilisation de la Loi type révisée, son application effective et son interprétation uniforme, compte tenu également des ressources restreintes dont le Secrétariat disposait pour accomplir cette tâche. On a mentionné à cet égard le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT – voir par. 271 à 274 ci-dessous), système de collecte et de diffusion d'informations dans lequel ne figurait à ce jour aucune jurisprudence sur les textes de la CNUDCI relatifs à la passation des marchés publics. Les informations sur l'incorporation dans le droit interne des instruments de la CNUDCI dans ce domaine faisaient également défaut, les États ne soumettant pas de rapports à la Commission. On a rappelé que le suivi de l'incorporation des instruments de la CNUDCI dans le domaine des marchés publics présentait des différences fondamentales, notamment du fait que les textes promulgués sur la base de ces instruments étaient habituellement adaptés à la situation locale. Il a été généralement convenu qu'il faudrait envisager une coordination entre les divers organismes s'occupant de réforme de la passation des marchés et d'autres mécanismes visant à promouvoir une application effective, ainsi qu'une interprétation uniforme de la Loi type révisée. On a souligné que de telles approches seraient propices à une plus grande harmonisation de la législation des marchés publics entre différents États.

E. Travaux futurs dans le domaine des marchés publics

190. La Commission a examiné s'il était souhaitable d'entreprendre des travaux sur les partenariats entre secteur public et secteur privé ou sur les projets d'infrastructure à financement privé. Elle a rappelé les instruments qu'elle avait adoptés sur les projets d'infrastructure à financement privé. Selon un avis, il fallait peut-être actualiser ces instruments à la lumière des travaux réalisés dans le domaine des marchés publics. Certaines délégations estimaient toutefois que cette question devait être examinée dans le contexte plus large du programme global de travaux futurs de la CNUDCI et compte tenu du resserrement des ressources financières et humaines auquel la CNUDCI et son secrétariat devaient faire face, afin d'établir en conséquence l'ordre de priorité des travaux à entreprendre dans les différents domaines.

191. La Commission a prié le Secrétariat d'élaborer, pour examen à une session future, une étude sur les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine des partenariats entre secteur public et secteur privé et des projets d'infrastructure à financement privé. Il a été noté que ce sujet pourrait comprendre de nombreux aspects, la passation des marchés publics n'étant que l'un d'eux.

F. Adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

192. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics et d'autres questions se rapportant à la passation des marchés, a adopté la décision suivante à sa 933e séance, le 1er juillet 2011:

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

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

Constatant que la passation de marchés représente une part considérable des dépenses publiques de la plupart des États,

Rappelant qu'elle a adopté la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services à sa vingt-septième session, en 1994[8],

Observant que la Loi type de 1994, devenue une référence importante au plan international dans la réforme du droit des marchés, prévoit des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité dans le processus de passation,

Observant également que, malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type de 1994, de nouvelles questions et pratiques apparues depuis son adoption justifient sa révision,

Rappelant qu'à sa trente-septième session, en 2004, elle est convenue que la Loi type de 1994 gagnerait à être mise à jour pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans son utilisation comme base de réforme législative, mais qu'il faudrait veiller à ne pas s'écarter de ses principes fondamentaux et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité a été prouvée[9],

Rappelant également qu'à cette session elle a décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions de

---

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), par. 97.

[9] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 81.

révision de la Loi type de 1994 en lui laissant le soin de déterminer les sujets à traiter lors de ses délibérations[10],

Remerciant le Groupe de travail d'avoir élaboré le projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics,

Notant que les délibérations voulues ont été tenues et que des consultations étendues ont été menées avec les gouvernements et les organisations internationales intéressées pour élaborer la version révisée de la Loi type, intitulée "Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics", dont on peut penser qu'elle rencontrera de ce fait l'agrément d'États dotés de régimes juridiques, sociaux et économiques différents,

Notant également que la Loi type révisée devrait largement contribuer à la mise en place d'un cadre juridique moderne et harmonisé pour la passation des marchés publics propre à promouvoir l'économie, l'efficacité et la concurrence dans la passation des marchés, et à favoriser l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation,

Convaincue que la Loi type révisée aidera considérablement tous les États, en particulier les pays en développement et les pays en transition, à améliorer leur législation sur la passation des marchés ou à en adopter une lorsque celle-ci fait défaut, et conduira à l'instauration de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement du développement économique,

1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics qui figure dans l'annexe I du rapport sur les travaux de sa présente session;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion, y compris par voie électronique, du texte de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics auprès des gouvernements et des organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics pour évaluer leur régime juridique de la passation des marchés publics et de la prendre en considération lorsqu'ils adopteront une législation ou modifieront leur législation existante;

4. *Prie* tous les États d'apporter leur soutien à la promotion et à l'application de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics;

5. *Appelle* à un resserrement de la coopération et de la coordination entre la Commission et les autres organes et organisations internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de réforme du droit des marchés, afin d'éviter tout chevauchement indésirable d'activités et tous résultats divergents, incohérents ou contradictoires dans la modernisation et l'harmonisation du droit des marchés publics;

---

[10] Ibid., par. 82.

6. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par le secrétariat de la Commission pour accroître la coordination et la coopération dans les activités juridiques touchant la réforme des marchés publics."

IV. Finalisation et adoption du texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

193. La Commission a noté que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) avait examiné à sa trente-neuvième session, tenue à Vienne du 6 au 10 décembre 2010, un projet de texte destiné aux juges concernant la Loi type (A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2), qui faisait suite au mandat confié au Secrétariat par la Commission et avait été élaboré en consultation avec des juges et des experts de l'insolvabilité (A/CN.9/715, par. 110 à 116). La Commission a noté en outre que ce projet de texte avait été examiné lors du neuvième Colloque judiciaire multinational, tenu à Singapour les 12 et 13 mars 2011 (voir par. 220 et 221 ci-dessous)[11] et que conformément à la demande du Groupe de travail (A/CN.9/715, par. 116), il avait été transmis aux gouvernements pour commentaires en février 2011.

194. Le projet de texte destiné aux juges a été revu compte tenu des décisions adoptées par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session, des commentaires reçus des gouvernements et de ceux formulés lors du colloque judiciaire.

195. La Commission était saisie de la version révisée du projet de texte destiné aux juges (A/CN.9/732 et Add.1 à 3), des commentaires des gouvernements (A/CN.9/733 et Add.1) et du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-neuvième session (A/CN.9/715). Une présentation orale du projet de texte a été faite à la Commission.

196. La Commission s'est félicitée du projet de texte destiné aux juges et a souligné son utilité pour les praticiens et les juges ainsi que pour les créanciers et les autres parties prenantes à la procédure d'insolvabilité, surtout compte tenu de la crise financière actuelle. À cet égard, on a estimé que ce texte était très opportun. La Commission a par ailleurs noté avec satisfaction que les propositions formulées par les gouvernements suite à la distribution du projet de texte avaient été prises en compte, et est convenue que le document devrait s'intituler "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge".

197. La Commission est également convenue de saluer, dans une préface qui serait rédigée par le Secrétariat, l'importante contribution du juge Paul Heath, de la High Court de Nouvelle-Zélande à l'élaboration de l'avant-projet de texte destiné aux juges puis à son développement ultérieur.

---

[11] Le rapport du Colloque est disponible à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/news/NinthJC.pdf.

198. À sa 934e séance, le 1er juillet 2011, la Commission a adopté la décision suivante:

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

Notant qu'en raison de l'expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales prennent de plus en plus souvent une dimension mondiale et les entreprises et particuliers ont de plus en plus souvent des biens et des intérêts dans plusieurs États,

Notant aussi que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité vise des débiteurs dont les biens sont situés dans plusieurs États, il importe généralement au plus haut point que la surveillance et l'administration des biens et des affaires de ces débiteurs fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,

Considérant que la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale sont susceptibles d'améliorer considérablement les chances de sauvetage des débiteurs en difficulté financière,

Convaincue que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[12] (la Loi type) contribue de manière importante à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour traiter les affaires d'insolvabilité internationale et faciliter la coordination et la coopération,

Reconnaissant que la coopération et la coordination internationales ainsi que les moyens de les mettre en œuvre dans la pratique ne sont pas largement connus,

Convaincue que la fourniture d'informations faciles d'accès sur l'interprétation et les pratiques actuelles auxquelles donne lieu la Loi type, afin que les juges les consultent et les utilisent dans les procédures d'insolvabilité, est susceptible de promouvoir une utilisation et une compréhension plus étendues de la Loi type ainsi que de faciliter la coopération et la coordination judiciaires au niveau international de manière à éviter les retards et les frais inutiles,

1. *Adopte* le texte intitulé 'La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge', qui figure dans le document A/CN.9/732 et Add.1 à 3, et autorise le Secrétariat à éditer et à finaliser ce texte en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétariat d'établir un mécanisme pour actualiser régulièrement le texte sur le point de vue du juge avec la même souplesse qui a présidé à son élaboration, en veillant à ce que le texte conserve son ton neutre et continue de remplir l'objectif qui lui a été assigné;

3. *Prie* le Secrétaire général de publier, sous forme électronique notamment, le texte sur le point de vue du juge, tel qu'il aura été actualisé ou modifié régulièrement en application du paragraphe 2 de la présente décision, et de le transmettre aux gouvernements en leur demandant de le communiquer

---

[12] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

aux autorités concernées afin de le faire largement connaître et d'en assurer une diffusion étendue;

4. *Recommande* que le texte sur le point de vue du juge soit dûment pris en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale;

5. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type."

V. Arbitrage et conciliation

A. Rapports d'activité du Groupe de travail II

199. À sa session en cours, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de sa cinquante-troisième session, tenue à Vienne du 4 au 8 octobre 2010 (A/CN.9/712), et de sa cinquante-quatrième session, tenue à New York du 7 au 11 février 2011 (A/CN.9/717). Elle a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et le Secrétariat pour la qualité de la documentation établie à l'intention du Groupe de travail.

200. La Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné le contenu de la norme juridique sur la transparence, sa forme et son applicabilité aux traités d'investissement tant existants que futurs. Il a été confirmé que la question de l'applicabilité de la norme aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus. La Commission a également rappelé l'engagement qu'elle avait exprimé à sa quarante et unième session, en 2008, soulignant combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[13].

201. La Commission a noté qu'à sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail avait examiné la question des observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans la procédure arbitrale. Lors de cet examen, la question de l'intervention, dans l'arbitrage, d'un État partie au traité d'investissement mais non partie au litige avait été posée. À cette session, le Groupe de travail était convenu de demander à la Commission s'il pouvait se saisir de cette question dans le cadre de ses travaux en cours (A/CN.9/712, par. 103). Il en était de nouveau convenu à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 153). Il a été expliqué qu'à sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail avait noté qu'il convenait d'établir une distinction entre deux types possibles d'*amicus curiae* et peut-être de les considérer différemment: d'une part, le tiers pouvant avoir un intérêt à contribuer au règlement du différend et, d'autre part, un autre État partie au traité d'investissement en question mais non partie au différend. Il a été souligné qu'un tel État pouvait souvent fournir des informations importantes, notamment sur les

---

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314.

travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité. Il a aussi été souligné que l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur est ressortissant pourrait soulever des questions liées à la protection diplomatique et appelait un examen attentif (A/CN.9/712, par. 49).

202. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter d'un tel droit d'intervention et, dans l'affirmative, quelles seraient la portée et les modalités d'une telle intervention.

203. En ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé que le Groupe de travail devait maintenir la question de l'arbitrabilité à son programme de travail, ainsi qu'elle en avait décidé à sa trente-neuvième session[14]. Il a par ailleurs été déclaré à la Commission que la question de la confidentialité devrait peut-être aussi faire l'objet d'un examen plus détaillé. Il a été dit que lorsque les lois protégeaient expressément la confidentialité, elles n'envisageaient pas toutes de la même manière la portée de l'obligation de confidentialité en ce qui concerne les informations à traiter comme confidentielles, les personnes tenues à l'obligation ou les exceptions autorisées aux interdictions de divulgation et de communication. La Commission est convenue que les traitements possibles de la confidentialité dans les arbitrages commerciaux devraient être examinés dans le cadre de travaux futurs du Groupe de travail.

204. La Commission a été informée que le Secrétariat élaborait actuellement des recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et d'autres organismes intéressés en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010[15], comme elle en avait décidé à sa quarante-troisième session tenue la même année[16]. Il a été rappelé que ces recommandations visaient à promouvoir l'utilisation du Règlement et que les institutions d'arbitrage de toutes les régions du monde seraient davantage disposées à accepter de servir d'autorité de nomination si elles pouvaient s'appuyer sur de telles recommandations. Sous réserve que des ressources soient disponibles, le Secrétariat a été prié d'établir des projets de recommandations pour que la Commission les examine à une session future, de préférence dès 2012.

205. Reconnaissant que l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales de 1996[17] aurait peut-être besoin d'être actualisé suite à l'adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010, la Commission a chargé le Secrétariat d'élaborer une version révisée de cet aide-mémoire.

206. La Commission a entendu un rapport oral sur l'état d'avancement de l'élaboration d'un guide pour l'incorporation et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle que modifiée en 2006[18]. La

---

[14] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 187.

[15] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), annexe I.

[16] Ibid., par. 189.

[17] Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), Part II.

[18] Ibid., *quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I, et ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I. Pour les débats tenus précédemment sur la

Commission a prié le Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration du guide. Il a été convenu qu'une présentation plus détaillée des progrès de ces travaux devrait être faite à une session future de la Commission.

207. Prenant note des divers projets mentionnés aux paragraphes 204 à 206 ci-dessus, ainsi que de l'élaboration d'un guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, adoptée à New York le 10 juin 1958 (voir par. 250 à 252 ci-dessous), la Commission a examiné l'ordre de priorité de ces projets. Elle a reconnu l'importance de chacun des projets et a noté que, si les ressources le lui permettaient, le Secrétariat devrait travailler en priorité à l'élaboration des recommandations sur l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010, et à la révision de l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales. L'élaboration d'un guide sur la Convention de New York (voir par. 252 ci-dessous), qui pourrait prendre plus longtemps que les deux autres projets, était considérée comme un objectif particulièrement important.

B. Médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États

208. La Commission a noté que, suite aux consultations entre les secrétariats de la CNUDCI et de la CNUCED, le secrétariat de la CNUDCI avait reçu une proposition de la CNUCED sur la question de la médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États (transmise à la Commission dans une note du Secrétariat (A/CN.9/734)).

209. Le secrétariat de la CNUCED a décrit à la Commission l'utilisation de la médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États. Les travaux de la CNUCED dans le domaine du droit international de l'investissement visaient généralement à mettre les investissements étrangers au service du développement durable. Il a été dit que la possibilité de recourir à d'autres méthodes pour gérer efficacement les différends suscitait un intérêt croissant depuis quelques années. Le recours effectif à la médiation ou à la conciliation dans le cadre des mécanismes de règlement des litiges entre investisseurs et États pouvait améliorer l'efficacité du règlement des différends et présenter plusieurs avantages: apporter plus de souplesse, mobiliser moins de ressources et favoriser une relation de travail durable entre les parties, mais aussi améliorer la gouvernance et les pratiques réglementaires des États[19]. Il a été dit que d'une manière générale, la médiation et la conciliation pouvaient être un moyen prometteur de régler les différends liés aux investissements en lieu et place de l'arbitrage international effectué dans le cadre des traités d'investissement, et il fallait donc encourager les divers acteurs à examiner plus avant ces modes de règlement.

210. Il a été dit que la CNUDCI avait déjà adopté des textes bien connus dans le domaine de la médiation et de la conciliation. Le Règlement de conciliation de la

---

question, voir ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 176.

[19] *Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.II.D.11, disponible en ligne à l'adresse www.unctad.org/fr/docs/diaeia200911_fr.pdf.

CNUDCI de 1980[20] énonçait des règles qui s'appliquaient, d'un commun accord entre les parties, à la conciliation dans un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport, lorsque les parties recherchaient une solution amiable de leur litige. La Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale adoptée en 2002[21], qui énonçait des règles uniformes sur le processus de conciliation, employait le terme "conciliation" au sens large pour désigner la procédure dans laquelle les parties demandaient à une tierce personne ou à un groupe de personnes (le "conciliateur") de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable de leur litige. La Loi type sur la conciliation traitait des aspects procéduraux de la conciliation, tels que la nomination des conciliateurs, l'ouverture et la clôture de la procédure de conciliation, la conduite de la conciliation, la communication entre le conciliateur et les parties, la confidentialité et la recevabilité des éléments de preuve dans une autre procédure, ainsi que des questions se posant après la procédure de conciliation, comme le fait pour le conciliateur d'assumer les fonctions d'arbitre et la force exécutoire de l'accord issu de la conciliation.

211. La Commission a examiné les mesures qui seraient nécessaires pour encourager l'utilisation de la médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États. Il a été proposé que les secrétariats de la CNUDCI et de la CNUCED conjuguent leurs efforts pour sensibiliser davantage les États, les investisseurs, les juristes, les institutions d'arbitrage et les organisations internationales à l'utilisation de la médiation et de la conciliation en tant que modes alternatifs de règlement des litiges entre investisseurs et États, de manière à promouvoir les investissements durables et responsables.

212. À l'issue de la discussion, la Commission a remercié son secrétariat d'avoir noué des liens de coopération étroits avec la CNUCED au cours des années précédentes. Elle l'a encouragé à poursuivre cette coopération si ses ressources le lui permettaient. Elle est convenue que la proposition d'encourager le recours à la médiation dans le règlement des litiges entre investisseurs et États méritait d'être étudiée plus avant. Il a été suggéré que l'utilisation de la conciliation et de la médiation pour le règlement des litiges entre investisseurs et États dans le cadre des traités d'investissement devrait être considérée comme un thème à inscrire au programme des travaux futurs du Groupe de travail.

VI. Règlement des litiges en ligne: rapports d'activité du Groupe de travail III

213. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur le règlement des litiges en ligne[22]. À sa session en cours, elle a noté que le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) avait commencé ses délibérations sur l'élaboration de normes juridiques, et en particulier d'un règlement de procédure sur la résolution en ligne

---

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106.

[21] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.

[22] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 338 et 341 à 343; et ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 252 et 257.

des litiges relatifs aux opérations internationales de commerce électronique, à sa vingt-deuxième session, tenue à Vienne, du 13 au 17 décembre 2010, et avait poursuivi ses travaux à sa vingt-troisième session, tenue à New York du 23 au 27 mai 2011. Elle a également noté qu'en plus du règlement de procédure, le Groupe de travail avait prié le Secrétariat d'établir pour sa prochaine session, sous réserve de la disponibilité de ressources, des documents traitant des lignes directrices à l'intention des tiers neutres et des administrateurs de procédures en ligne, des principes juridiques de fond pour la résolution des litiges et d'un mécanisme international d'application.

214. La Commission a remercié le Groupe de travail pour les progrès accomplis, dont il était rendu compte dans les rapports de ses vingt-deuxième (A/CN.9/716) et vingt-troisième (A/CN.9/721) sessions, et félicité le Secrétariat pour les documents de travail et les rapports qu'il avait établis pour ces sessions.

215. La Commission a pris note d'un point soulevé selon lequel, étant donné que le règlement des litiges en ligne était un sujet relativement nouveau pour la CNUDCI et qu'il portait au moins en partie sur des opérations faisant intervenir des consommateurs, le Groupe de travail devait être prudent lors de ses délibérations et garder à l'esprit que la Commission avait demandé à sa quarante-troisième session que ses travaux soient soigneusement définis afin de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs[23].

216. L'avis a été exprimé que le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue la nécessité de mener ses travaux le plus efficacement possible, ce qui supposait qu'il hiérarchise ses tâches et se fixe un délai réaliste pour l'achèvement de ces travaux.

217. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à savoir s'il fallait considérer que le mandat du Groupe de travail portait également sur les opérations entre consommateurs. Selon un avis, on risquait peut-être de parvenir plus difficilement à un consensus sur l'ensemble des travaux du Groupe en insistant ainsi sur la prise en compte des opérations faisant intervenir des consommateurs. Selon un autre avis, il était souvent difficile voire impossible, en pratique, de déterminer si une partie à une opération était un consommateur ou une entreprise.

218. À l'issue de la discussion, la Commission a confirmé que le mandat du Groupe de travail III portait sur le règlement en ligne des litiges relatifs aux opérations électroniques internationales, entre entreprises et entre entreprises et consommateurs. Elle a décidé que le Groupe de travail devait être libre de considérer que ce mandat recouvre également les opérations entre consommateurs et d'élaborer si nécessaire des règles éventuelles régissant les relations entre eux, mais qu'il devait être particulièrement attentif à la nécessité de ne pas évincer les législations visant à leur protection. La Commission a aussi décidé qu'en général, dans l'exécution de son mandat, le Groupe de travail devrait aussi examiner spécifiquement l'incidence de ses délibérations sur la protection du consommateur et lui en rendre compte à sa prochaine session.

---

[23] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 256.

VII. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V

A. Rapport d'activité du Groupe de travail V

219. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur les travaux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) concernant les deux sujets suivants: a) l'élaboration de lignes directrices sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux et, éventuellement, préparation d'une loi type ou de dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes se posant dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention; et b) les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité[24]. La Commission s'est déclarée satisfaite des progrès du Groupe de travail, dont il était rendu compte dans le rapport de sa trente-neuvième session, tenue à Vienne du 6 au 10 décembre 2010 (A/CN.9/715). Elle a également félicité le Secrétariat pour les documents de travail et les rapports qu'il avait établis pour cette session.

B. Neuvième Colloque judiciaire multinational

220. La Commission a entendu un bref compte rendu du neuvième Colloque judiciaire multinational, tenu à Singapour les 12 et 13 mars 2011[25]. Ce colloque, organisé conjointement par la CNUDCI, l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL International) et la Banque mondiale, a réuni quelque 80 juges de 44 États qui ont examiné des questions de coordination et de coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale, y compris dans le contexte des groupes d'entreprises, ainsi que le projet de texte intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge", dont l'élaboration était largement appuyée par les juges qui le considéraient comme une source précieuse d'informations sur les questions et pratiques actuelles. Les participants au Colloque ont rappelé que cette manifestation très utile était une occasion appréciée par les juges des différents États de se réunir, d'examiner des questions liées à l'insolvabilité internationale et d'échanger leurs expériences. La Commission a noté qu'un rapport succinct sur le Colloque avait été établi et publié sur le site Web de chacun des trois organismes.

221. La Commission a félicité le Secrétariat pour l'organisation du Colloque et l'a prié de continuer à coopérer activement avec INSOL International et la Banque mondiale en vue d'organiser d'autres colloques dans l'avenir, si ses ressources le lui permettaient.

---

[24] Ibid., par. 259.

[25] Le rapport du Colloque est disponible à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/news/NinthJC.pdf.

C. Banque mondiale: traitement des personnes physiques dans les procédures d'insolvabilité

222. La Banque mondiale a présenté oralement à la Commission les travaux que son équipe spéciale sur l'insolvabilité et les relations entre débiteurs et créanciers allait effectuer sur les principaux aspects réglementaires de l'insolvabilité des personnes physiques, les différents traitements juridiques applicables en vertu des régimes juridiques nationaux et les incidences de ces différences sur la collaboration et coordination internationales. Selon la Banque mondiale, la récente crise financière avait montré que le problème de l'insolvabilité des consommateurs constituait un risque systémique et qu'il était nécessaire de moderniser les lois et institutions nationales pour permettre aux États de faire face efficacement aux risques de surendettement personnel. La Banque mondiale a souligné l'importance de la participation de la CNUDCI à ces travaux, du fait en particulier qu'ils pourraient déboucher sur des ajouts à la norme existante sur l'insolvabilité, qui comprenait les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[26] et les Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers[27]. La Commission a encouragé le Secrétariat à participer activement aux travaux de l'équipe spéciale et à collaborer avec la Banque mondiale aux travaux futurs qui pourraient contribuer à la formulation de pratiques optimales dans ce domaine.

VIII. Sûretés: rapports d'activité du Groupe de travail VI

223. La Commission a rappelé ses débats antérieurs concernant l'élaboration d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[28]. À sa session en cours, elle était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-huitième session, tenue à Vienne du 8 au 12 novembre 2010 et de sa dix-neuvième session, tenue à New York du 11 au 15 avril 2011 (A/CN.9/714 et A/CN.9/719, respectivement). Elle a noté qu'à sa dix-huitième session, le Groupe de travail avait adopté l'hypothèse de travail selon laquelle le texte qu'il était chargé d'élaborer prendrait la forme d'un guide sur la mise en place d'un registre des avis concernant les sûretés réelles mobilières. Elle a également noté qu'à cette session, le Groupe de travail était généralement convenu que ce texte pourrait comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire et éventuellement des recommandations concernant les règles d'inscription. Elle a noté en outre que le Groupe de travail était convenu que le texte devrait être conforme au Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[29], tout en tenant compte des approches retenues par les systèmes modernes d'inscription des sûretés réelles mobilières, nationaux comme internationaux (A/CN.9/714, par. 13). Elle a par ailleurs noté qu'ayant conclu que le Guide sur les opérations garanties était conforme aux principes directeurs des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, le Groupe de travail avait examiné certaines questions soulevées par

---

[26] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

[27] Disponibles sur le site www.worldbank.org.

[28] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 265 à 268.

[29] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

l'utilisation de communications électroniques dans les registres des sûretés pour faire en sorte que, tout comme le Guide sur les opérations garanties, le texte sur l'inscription soit également conforme à ces principes (A/CN.9/714, par. 34 à 47).

224. La Commission a aussi noté qu'à la dix-neuvième session du Groupe de travail, différents points de vue avaient été exprimés quant à la forme et à la teneur du texte à élaborer. Selon un avis, il fallait rédiger un guide autonome comprenant une partie informative présentant la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide et une partie pratique comprenant un règlement type accompagné d'un commentaire. Selon un autre avis, le texte devait insister davantage sur le règlement type et son commentaire, censé fournir aux États ayant adopté la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide des conseils pratiques sur les questions à traiter lors de l'établissement et de l'exploitation d'un registre général des sûretés (A/CN.9/719, par. 13 à 15). La Commission a par ailleurs noté qu'à cette session du Groupe de travail, différents points de vue avaient également été exprimés quant à savoir si le règlement devrait prendre la forme d'un règlement type ou de recommandations (A/CN.9/719, par. 46). Elle a noté en outre qu'à sa dix-neuvième session, le Groupe de travail avait achevé la première lecture du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières et du projet de règlement type (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3) et prié le Secrétariat de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ses délibérations et décisions (A/CN.9/719, par. 12).

225. La Commission a félicité le Groupe de travail pour les importants progrès qu'il avait accomplis dans sa tâche et le Secrétariat pour l'aide efficace qu'il avait apportée au Groupe. L'utilité des travaux entrepris par le Groupe de travail VI a été soulignée, compte tenu en particulier des efforts que faisaient actuellement plusieurs États pour mettre en place un registre général des sûretés réelles mobilières et de l'impact bénéfique majeur que l'exploitation d'un tel registre aurait sur l'offre de crédit et le coût du crédit. S'agissant de la forme et de la teneur du texte à élaborer, il a été indiqué que conformément à l'approche retenue pour le Guide sur les opérations garanties, le texte devrait prendre la forme d'un guide accompagné d'un commentaire et de recommandations, et non d'un texte sur un règlement type accompagné d'un commentaire. À cet égard, on a fait observer que la nouvelle version du texte que le Groupe de travail devait examiner serait formulée de manière à laisser la question ouverte en attendant que celui-ci se prononce sur ce point. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que si on laissait de côté la décision sur la forme et la teneur du texte à élaborer par le Groupe de travail, il n'était pas nécessaire de modifier le mandat de celui-ci et qu'en tout état de cause, elle trancherait définitivement la question lorsque le Groupe de travail aurait achevé ses travaux et lui aurait soumis le texte.

226. Prenant note des importants progrès accomplis par le Groupe de travail dans sa tâche et de l'urgente nécessité de donner des orientations à un certain nombre d'États, la Commission a prié le Groupe de travail de progresser rapidement dans ses travaux et d'essayer de les achever si possible en temps voulu pour que le texte lui soit soumis à sa quarante-cinquième session, en 2012, et qu'elle puisse l'approuver et l'adopter définitivement.

227. S'agissant des futurs travaux du Groupe de travail, il a été généralement convenu qu'il était encore trop tôt pour que la Commission examine la question et se prononce à la session en cours. La Commission a laissé au Groupe de travail le

soin de débattre de ses travaux futurs possibles et lui a demandé de lui faire des propositions. À cet égard, on a suggéré que lorsqu'il aurait achevé son texte sur l'inscription, le Groupe de travail devrait s'employer à transposer dans une loi type les recommandations figurant dans le Guide sur les opérations garanties.

228. La Commission a ensuite abordé la question de savoir si un ensemble commun de principes sur les régimes efficaces d'opérations garanties devrait être élaboré en coopération avec la Banque mondiale sur la base des recommandations formulées dans le Guide sur les opérations garanties. On a fait observer que, compte tenu du précédent que constituait la coordination entre les Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, un projet de ces principes pourrait être élaboré par le Secrétariat en collaboration avec la Banque mondiale, par l'intermédiaire de sa vice-présidente juridique, et des experts extérieurs, dans le cadre des ressources existantes et sans qu'il soit besoin d'utiliser les ressources du Groupe de travail. La Commission s'est félicitée de l'élaboration de ces principes. Il a été largement admis que, comme le Guide sur les opérations garanties était devenu le texte de référence général pour les travaux de réforme du droit des opérations garanties, des principes reprenant les recommandations énoncées dans le Guide favoriseraient la réforme du droit à partir de normes internationales généralement acceptables. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat d'entreprendre, en collaboration avec la Banque mondiale et des experts extérieurs, l'élaboration d'un ensemble commun de principes sur les régimes efficaces d'opérations garanties. Il a été convenu que ces activités devraient viser à élaborer un texte qui serait approuvé à la fois par la Commission et par la Banque mondiale, et pourraient comprendre des consultations et réunions avec des experts des secteurs public et privé, dans les limites des ressources existantes.

229. La Commission a ensuite examiné la question de savoir s'il y avait lieu de s'employer à assurer la cohérence entre un projet d'instruments de l'Union européenne sur la loi applicable aux effets des cessions de créances à l'égard des tiers et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[30], qui portait sur cette question.

230. La Commission a noté que la Commission européenne avait adopté un règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)[31] et que l'article 14 de celui-ci traitait de la loi applicable aux relations entre le cédant et le cessionnaire dans le cadre d'une cession volontaire de créance ou d'une subrogation conventionnelle et aux relations entre le cessionnaire et le débiteur d'une manière conforme à la Convention sur les créances et au Guide sur les opérations garanties. En ce qui concerne le droit applicable aux effets de la cession de créances sur la propriété, la Commission a noté que le Règlement Rome I n'avait pas abordé cette question et que la Commission européenne réalisait actuellement une étude.

231. La Commission est convenue qu'il était dans l'intérêt de tous les États qu'une approche concertée de la question soit adoptée, faute de quoi une règle de conflits de loi différente s'appliquerait selon qu'un litige serait porté devant un tribunal d'un État membre ou non membre de l'Union européenne. Il a été largement admis qu'un

---

[30] Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

[31] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 17 juin 2008.

tel résultat compromettrait la sécurité juridique quant au droit applicable aux effets de la cession de créances sur la propriété et créerait des obstacles inutiles au financement par cession de créances à l'échelle internationale, qui ne pouvait être différencié du financement par cession de créances à l'échelle régionale. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le Secrétariat de coopérer étroitement avec la Commission européenne afin d'assurer une approche concertée de la question, compte tenu de l'approche suivie dans la Convention des Nations Unies sur la cession et dans le Guide sur les opérations garanties. La Commission a également engagé la Commission européenne à envisager de lever tout obstacle à une large adoption de la Convention des Nations Unies sur la cession et du Guide sur les opérations garanties par les États, notamment par les États membres de l'Union européenne qui souhaitaient les adopter, étant entendu qu'un instrument futur de l'Union européenne en la matière pourrait limiter leur champ d'application.

IX. Travaux en cours et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

232. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/728 et Add.1) résumant les débats du colloque sur le commerce électronique, tenu à New York du 14 au 16 février 2011[32]. Elle a été informée que le Secrétariat recevait régulièrement des demandes d'autres organismes du système des Nations Unies ainsi que d'organisations intergouvernementales aux fins d'obtenir l'avis d'experts, que certaines de ces demandes exigeaient un débat approfondi dans une instance spécialisée, et que le Groupe de travail IV (Commerce électronique) pourrait être l'instance la mieux à même de les traiter.

233. La Commission a pris note des informations figurant dans la note établie par le Secrétariat. On s'est dit largement favorable à ce que le Groupe de travail IV reprenne ses travaux. En particulier, on a noté que les travaux déjà menés par la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique constituaient une contribution particulièrement précieuse à la promotion de l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international et qu'une pause trop longue entre les réunions du Groupe de travail IV pourrait compromettre son rôle moteur et empêcher la CNUDCI de mettre à jour et de compléter les normes juridiques existantes dans ce domaine qui évoluait rapidement. Toutefois, l'avis a également été exprimé qu'aucun des sujets envisagés n'était assez mûr pour être examiné au sein d'un groupe de travail et qu'une décision sur la reprise des travaux du Groupe de travail IV devrait donc être reportée à plus tard.

234. On a souligné qu'il importait de donner un mandat clair au Groupe de travail mais on a également indiqué que beaucoup des sujets envisagés se recoupaient dans la pratique. On a ajouté que c'était le cas en particulier des guichets uniques électroniques. Il a été dit que, si le temps et les ressources permettaient que le Groupe de travail reprenne ses travaux, il devrait examiner une recommandation en attente au Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), qui soulevait des questions relevant des instruments de la CNUDCI.

---

[32] On trouvera également des informations sur le colloque à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/electronic-commerce-2010.html.

235. On s'est dit favorable à ce que soient examinées en priorité des questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques. En particulier, on a rappelé que ces travaux seraient utiles non seulement pour promouvoir d'une manière générale les communications électroniques dans le commerce international, mais aussi pour traiter certaines questions telles que l'assistance fournie aux fins de l'application de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam)[33]. De même, on a noté que d'autres secteurs de transport, tels que l'aviation, pourraient directement tirer parti de la formulation de normes juridiques uniformes dans ce domaine. Il a été noté en outre que les travaux sur les documents transférables électroniques pourraient inclure certains aspects des autres sujets examinés dans le document A/CN.9/728 et Add.1.

236. L'examen des questions juridiques liées à la gestion de l'identité a également recueilli un certain soutien. Toutefois, il fallait être particulièrement prudent lors de l'examen de ces questions qui avaient trait notamment à la protection de la vie privée et des données et avaient donc des aspects réglementaires importants. À cet égard, on a ajouté qu'il pourrait être utile de continuer à observer la situation de manière à pouvoir mieux définir les termes d'un futur mandat éventuel du Groupe de travail.

237. On a également mentionné le rôle important que jouait le commerce mobile, en particulier dans les pays où l'accès à l'infrastructure d'information et de communication s'effectuait essentiellement par le biais d'appareils mobiles. À cet égard, on a rappelé que la plupart des questions juridiques liées à l'utilisation d'appareils mobiles ne différaient pas dans leur nature de celles liées à l'utilisation d'autres appareils électroniques. Il a été dit également que même si certaines pratiques du commerce mobile pourraient exiger un examen plus approfondi, il fallait prendre soin de ne pas traiter des questions liées à la protection des consommateurs ni de celles liées à la protection de la vie privée et des données.

238. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que le Groupe de travail IV (Commerce électronique) serait convoqué pour entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques.

239. La Commission est également convenue que l'extension du mandat du Groupe de travail IV aux autres sujets mentionnés dans les documents A/CN.9/728 et Add.1 en tant que sujets distincts (et non en raison de l'incidence qu'ils peuvent avoir sur les documents transférables électroniques) serait examinée à une session future.

240. En ce qui concerne les questions juridiques liées aux guichets uniques électroniques, la Commission s'est félicitée de la coopération continue entre le Secrétariat et d'autres organisations pertinentes telles que l'Organisation mondiale des douanes et a prié le Secrétariat de contribuer, selon qu'il convenait, à l'examen des questions pertinentes au sein du groupe de travail lorsque ces travaux conjoints seraient suffisamment avancés.

---

[33] Résolution 63/122 de l'Assemblée générale, annexe.

X. Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance

241. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur les travaux possibles dans le domaine de la microfinance[34]. À sa session en cours, elle était saisie d'une note du Secrétariat résumant les débats du colloque international sur la microfinance, tenu à Vienne les 12 et 13 janvier 2011, et les principales questions qui y avaient été recensées (A/CN.9/727). Elle a été informée qu'il avait été souligné lors du colloque que malgré les initiatives souvent réussies prises dans plusieurs États pour traiter des questions liées à la microfinance, il n'existait aucun ensemble cohérent de mesures légales et réglementaires pouvant servir de norme aux États qui souhaitaient légiférer conformément aux meilleures pratiques internationales. Comme l'avaient noté certains participants, de nombreux États s'efforçaient actuellement de trouver un cadre réglementaire approprié pour promouvoir l'inclusion financière au moyen d'institutions de microfinance. Les textes législatifs de la CNUDCI avaient été jugés essentiels pour renforcer un cadre législatif et réglementaire pouvant répondre aux besoins du secteur de la microfinance. Les thèmes suivants avaient été abordés: financements internationaux; opérations garanties dans la microfinance, pour accroître l'offre de crédit, en particulier pour les petites et moyennes entreprises ou les clients n'ayant pas suffisamment de capitaux ou d'accès à d'autres types de crédit; utilisation de l'argent électronique; et mécanismes de règlement des différends destinés à traiter les réclamations des usagers de la microfinance.

242. Il a été dit que la conception d'un cadre légal et réglementaire propice à la microfinance soulevait diverses questions à examiner, notamment:

a) La nature et la qualité de l'environnement réglementaire;

b) L'opportunité de plafonner les taux d'intérêt applicables aux microprêts;

c) Les mesures à prendre pour combattre le surendettement;

d) La création et la réglementation d'agences d'évaluation du crédit;

e) La constitution de sûretés trop importantes et l'affectation en garantie de biens sans valeur économique;

f) Les pratiques de recouvrement abusives;

g) Le risque de change pour les institutions de microfinance empruntant des capitaux à l'étranger;

h) La facilitation d'une gestion plus économique et efficace des envois internationaux de fonds par les institutions de microfinance;

i) L'argent électronique, y compris en tant qu'épargne; la question de savoir si les "émetteurs" d'argent électronique pratiquent une activité bancaire et à quel type de réglementation ils sont soumis; et la couverture de ces fonds par des programmes d'assurance des dépôts;

---

[34] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 432 et 433; et ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 275, 276 et 280.

j) L'amélioration de la prévisibilité du statut juridique des opérations effectuées au moyen d'appareils mobiles (par exemple dans le domaine des services de paiement);

k) La facilitation du recours à des agents et à d'autres formes de banque sans guichets comme moyen de rendre les services financiers plus accessibles;

l) Les mesures à prendre pour promouvoir une culture financière et accroître la protection des clients contre les pratiques de prêts abusives ou peu scrupuleuses;

m) La mise en place de procédures équitables, rapides, transparentes et peu onéreuses de règlement des différends naissant d'opérations de microfinancement;

n) La facilitation de l'utilisation des prêts garantis aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises, et la promotion de la transparence dans ce type de prêts.

243. La Commission a noté que le Secrétariat prenait part à un mécanisme interinstitutionnel des Nations Unies pour la promotion de l'inclusion financière et que la CNUDCI était le seul participant à se concentrer sur les aspects légaux et réglementaires de la microfinance. Elle a encouragé le Secrétariat à continuer de participer à cette initiative et à se tenir au fait de l'évolution des questions juridiques et réglementaires concernant la microfinance, afin de contribuer à l'effort général.

244. La Commission a félicité le Secrétariat pour le travail accompli à ce jour dans le domaine de la microfinance et s'est déclarée unanimement favorable à la poursuite de ce travail. Il a été dit que la microfinance était un moyen important de réduire la pauvreté et qu'elle constituait dans certains pays un élément essentiel de l'économie nationale, d'où l'extrême utilité d'élaborer un cadre législatif dans ce domaine. De l'avis général, la CNUDCI pouvait apporter une contribution appréciable en la matière, car on considérait que les cadres législatifs existants n'étaient pas pleinement adéquats. Il a été expliqué que certains États avaient récemment adopté une législation dans ce domaine et il a été proposé qu'ils fassent part de leur expérience aux autres.

245. Il a été dit que les travaux pouvant être réalisés devraient traiter certaines questions bien définies et que leur portée devrait être plus précisément délimitée. Il a donc été proposé d'identifier des domaines où des travaux spécifiques pourraient être faits et où des recherches complémentaires seraient nécessaires, sans perdre de vue la portée du mandat de la CNUDCI et ses domaines traditionnels de travail. Il a également été suggéré de continuer à développer les relations établies entre la CNUDCI et les organisations internationales opérant dans le domaine de la microfinance. En particulier, le secrétariat de la CNUDCI a été encouragé à continuer de développer ses relations avec les autres organes et organismes des Nations Unies actifs dans ce domaine ainsi qu'avec le groupe chargé de l'inclusion financière au sein du Groupe des vingt ministres des finances et gouverneurs de banque centrale, à savoir le Partenariat mondial pour l'inclusion financière. Il a été demandé instamment au Secrétariat de se garder de tout chevauchement ou de toute interférence inutile avec des questions de réglementation bancaire et notamment des questions de réglementation prudentielle, comme celles traitées par les Principes

fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace, du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire[35].

246. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue d'inscrire la microfinance au programme de ses travaux futurs et d'examiner plus avant la question à sa prochaine session, en 2012. Afin de pouvoir plus facilement définir les domaines dans lesquels des travaux étaient nécessaires, elle a prié le Secrétariat d'adresser à tous les États un bref questionnaire concernant leur expérience de l'établissement d'un cadre légal et réglementaire pour la microfinance et notamment les problèmes qu'ils avaient pu rencontrer dans ce domaine, en vue d'un examen à sa prochaine session. Elle est en outre convenue que parmi les thèmes recensés par le Secrétariat et énumérés au paragraphe 242 ci-dessus, le Secrétariat devrait, si les ressources le lui permettaient, entreprendre des travaux de recherche, qu'elle examinerait à une session future, sur les thèmes e), i), m) et n). Le Secrétariat devrait mener ces travaux gardant à l'esprit que les États devaient disposer d'un cadre juridique et réglementaire général et efficace pour la microfinance. Il a été invité à examiner plus avant les domaines du financement garanti, du règlement des litiges et du commerce électronique en relation avec la microfinance. On a souligné qu'il devrait prendre en considération les travaux déjà réalisés par d'autres institutions dans le domaine pour éviter tout double emploi.

XI. Textes d'autres organisations avalisés par la Commission: révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale

247. La Chambre de commerce internationale a demandé à la Commission d'envisager de recommander l'utilisation de la révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758), comme elle l'avait fait récemment pour la révision 2007 de ses Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600)[36].

248. La Commission a reconnu que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande fournissaient un nouvel ensemble de règles applicables aux obligations de paiement et d'exécution liées à ces garanties dans un grand nombre de contrats nationaux et internationaux. Il a également été noté qu'elles étaient pleinement compatibles avec la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[37] élaborée par la Commission en 1995 et avalisée par la Chambre de commerce internationale en 1999.

249. Compte tenu des modifications considérables apportées à la version précédente des Règles uniformes et de leur utilité pour ce qui est de faciliter le commerce international, la Commission, à sa 937e séance, le 5 juillet 2011, est convenue de recommander l'utilisation des Règles uniformes dans le commerce international et a adopté la décision suivante:

---

35 Disponible à l'adresse: www.bis.org/publ/bcbs129.htm.

36 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 356 et 357.

37 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, n° 38030.

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Remerciant la Chambre de commerce internationale de lui avoir communiqué le texte révisé des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, qui a été approuvé par le Comité directeur de la Chambre de commerce internationale le 3 décembre 2009, avec effet au 1er juillet 2010,

Félicitant la Chambre de commerce internationale d'avoir apporté une nouvelle contribution à la facilitation du commerce international en rendant ses règles relatives aux garanties sur demande plus claires, plus précises et plus complètes et en y incorporant des dispositions novatrices qui tiennent compte des pratiques actuelles,

Notant que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande constituent une précieuse contribution à la facilitation du commerce international,

Recommande l'utilisation de la révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, selon qu'il conviendra, dans les opérations assorties de garanties sur demande.

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

250. La Commission a rappelé ses débats antérieurs sur le suivi de l'application de la Convention de New York de 1958[38]. À la session en cours, la Commission a été informée que le Secrétariat menait actuellement deux projets complémentaires à cet égard.

251. Un de ces projets concernait la publication sur le site Web de la CNUDCI d'informations communiquées par les États sur l'application de la Convention de New York dans leur législation. La Commission a remercié les États qui avaient déjà communiqué de telles informations et a prié instamment tous les États de continuer à communiquer des informations exactes au Secrétariat pour que les données publiées sur le site Web restent à jour.

252. L'autre projet avait trait à l'élaboration d'un guide sur la Convention de New York. La Commission a été informée que le Secrétariat procédait actuellement à l'élaboration du guide en étroite collaboration avec G. Bermann et E. Gaillard, qui avaient mis en place des équipes de recherche chargées de travailler à ce projet. Elle s'est déclarée satisfaite de ce qui avait été fait jusque-là et a prié le Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration du guide sur la Convention. Il a été convenu qu'une présentation plus détaillée sur les progrès accomplis en la matière serait faite à une session ultérieure de la Commission (voir aussi par. 207 ci-dessus).

---

[38] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n°17* (A/50/17), par. 401 à 404; et ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 355 et 356.

XIII. Assistance technique en matière de réforme du droit

A. Débat général

253. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/724) décrivant les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises après la date de la note sur ce sujet qui lui avait été soumise à sa quarante-troisième session en 2010 (A/CN.9/695 et Add.1). Elle a souligné l'importance de cette coopération et de cette assistance techniques et s'est déclarée satisfaite des activités du Secrétariat mentionnées dans le document A/CN.9/724. Il a été expliqué que l'assistance technique dans le domaine législatif, en particulier celle apportée aux pays en développement, était une activité non moins importante que l'élaboration de règles uniformes. Pour cette raison, le Secrétariat a été encouragé à continuer de fournir une telle assistance dans la mesure la plus large possible et à étendre son action, en particulier dans les pays en développement.

254. La Commission est convenue de la nécessité d'adopter une approche globale pour la poursuite de son mandat en se fondant sur le cycle de développement des textes législatifs uniformes, comprenant quatre étapes: sélection de thèmes de travail appropriés; élaboration des textes; promotion adéquate de l'adoption et de l'application de ces textes; et suivi de leur interprétation et de leur application uniformes. Il a été noté que la CNUDCI avait établi un certain nombre de normes législatives mais que leur taux d'adoption variait sensiblement et que la promotion de leur adoption et de leur utilisation semblait donc exiger une attention particulière.

255. La Commission a pris note du cadre stratégique pour les activités d'assistance technique proposé par le Secrétariat (A/CN.9/724, par. 10 à 48) et approuvé ses lignes d'action prioritaires qui visaient notamment: à privilégier une approche régionale et sous-régionale afin non seulement d'obtenir des économies d'échelles, mais aussi de compléter les initiatives d'intégration régionale en cours; à promouvoir l'adoption universelle des textes de droit commercial international déjà largement acceptés, à savoir la Convention de New York (un instrument que les Nations Unies avaient adopté avant la création de la Commission mais que cette dernière s'attachait à promouvoir activement) et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[39]; et à déployer des efforts particuliers pour diffuser l'information sur les textes récemment adoptés, en vue d'encourager, s'il s'agissait de traités, leur adoption et leur entrée en vigueur dans les meilleurs délais. À cet égard, on a décrit les avantages qu'il y avait à promouvoir les activités universitaires et la formation, en particulier à l'intention des membres de l'appareil judiciaire et du barreau.

256. S'agissant de la promotion de textes récemment adoptés, la Commission a entendu une déclaration du Comité maritime international. Le Comité a félicité la CNUDCI pour ses travaux, en particulier pour l'élaboration des Règles de Rotterdam. Il a exposé les nombreux avantages découlant de l'adoption des Règles de Rotterdam, le qualifiant de traité moderne et très complet pouvant répondre aux besoins de tous les acteurs du transport maritime. Rappelant qu'il était disposé à contribuer à la promotion et à l'application de ces règles, il a souligné qu'il était

---

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

nécessaire que tous les États y adhèrent rapidement afin qu'elles soient reconnues le plus tôt possible comme la seule norme mondiale dans ce domaine.

257. Il a été noté qu'il serait souhaitable d'assurer une meilleure communication concernant le mandat et les travaux de la CNUDCI, d'une part entre la Commission et le Secrétariat, et d'autre part entre la Commission et les décideurs chargés de la réforme du droit commercial. On a estimé que les représentants et les experts participant aux réunions de la CNUDCI pourraient peut-être davantage contribuer à l'exécution du mandat de la Commission en aidant à recenser ces décideurs dans les capitales respectives.

258. La Commission a noté qu'elle ne pourrait continuer à participer aux activités de coopération et d'assistance techniques pour répondre aux demandes des États et des organisations régionales que si elle disposait de fonds pour couvrir les dépenses qui y étaient liées. Elle a en outre noté que, malgré les efforts déployés par le Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières disponibles dans le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI étaient très limitées. De ce fait, les demandes d'activités de coopération et d'assistance techniques continuaient d'être examinées très soigneusement et le nombre de ces activités qui, ces derniers temps, étaient essentiellement exécutées sur la base du partage des coûts ou à titre gracieux, restait limité. La Commission a prié le Secrétariat de continuer de chercher de nouvelles sources de financement extrabudgétaires, en particulier en mobilisant davantage les missions permanentes, ainsi que d'autres partenaires possibles des secteurs public et privé.

259. La Commission a appelé tous les États à aider le Secrétariat à identifier au niveau national ou au sein des organisations, des sources de financement disponibles qui pourraient s'associer à elle pour appuyer des activités de coopération et d'assistance techniques afin de promouvoir l'utilisation et l'adoption de ses textes, ainsi qu'une plus grande participation au développement de ces activités. En particulier, elle a prié le Secrétariat de diffuser formellement et informellement un questionnaire destiné à faire le point des sources de financement existantes et potentielles pour les activités de coopération et d'assistance techniques.

260. La Commission a également appelé de nouveau l'ensemble des États, des organisations internationales et des autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre au nombre croissant de demandes d'activités de coopération et d'assistance techniques émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié l'Indonésie d'avoir contribué au Fonds depuis la quarante-troisième session et les organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou en accueillant des séminaires.

261. La Commission a appelé les organismes du système des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers intéressés à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement membres à financer leurs frais de voyage. Elle a remercié l'Autriche, qui avait contribué au Fonds d'affectation spéciale depuis la quarante-troisième session, permettant ainsi d'octroyer une aide à ces pays au titre des frais de voyage.

B. Établir une présence régionale de la CNUDCI

262. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-deuxième session, en 2009, elle avait prié le Secrétariat d'étudier la possibilité d'établir une présence dans les régions ou dans certains pays, par exemple en disposant de personnel spécialisé dans les bureaux extérieurs des Nations Unies, en collaborant avec les bureaux extérieurs existants ou en créant des bureaux de pays de la CNUDCI, en vue de faciliter l'apport d'une assistance technique, en particulier aux pays en développement, en ce qui concerne l'utilisation et l'adoption des textes de la Commission[40]. L'Assemblée générale, au paragraphe 10 e) de sa résolution 64/111, avait pris note de cette demande.

263. La Commission a été informée que les possibilités d'établir une telle présence étaient limitées car le budget ordinaire du Secrétariat ne prévoyait pas de fonds pour de telles activités et les ressources extrabudgétaires actuellement disponibles pour les projets d'assistance technique étaient insuffisantes. C'est pourquoi, dans une note verbale en date du 18 mars 2011, le Secrétariat avait invité les États Membres de l'ONU à faire savoir s'ils seraient intéressés par la création de centres régionaux de la CNUDCI dans diverses parties du monde. Il avait été demandé aux États d'envisager d'apporter des contributions financières importantes et d'accorder les privilèges et immunités ainsi que les locaux et facilités dont les centres régionaux de la CNUDCI auraient besoin pour s'acquitter de leurs fonctions.

264. La Commission a également été informée que les centres régionaux de la CNUDCI, envisagés comme des bureaux de projet, amélioreraient le commerce et le développement internationaux en diffusant des règles et normes de commerce international, en particulier celles élaborées par elle, en fournissant une assistance technique bilatérale et multilatérale, en menant des activités de coordination avec les organisations internationales et régionales travaillant dans la région, et en recueillant des informations pertinentes sur les activités liées à la CNUDCI, et notamment l'adoption de législations par les États de la région. Les centres régionaux seraient également une voie de communication entre les États de la région et la CNUDCI. Un large soutien a été exprimé en faveur de la création de ces centres, considérée comme une mesure originale mais importante pour la Commission, qui l'aiderait à se rapprocher des pays en développement et à leur apporter une assistance technique. Un large soutien a également été exprimé à l'initiative prise par le Secrétariat à cette fin.

265. Pour ce qui est du financement des centres régionaux de la CNUDCI, il a été entendu que, compte tenu des ressources limitées dont disposait actuellement le Secrétariat, l'établissement d'une présence régionale devrait reposer entièrement sur des ressources extrabudgétaires, y compris, mais non seulement, les contributions volontaires des États. Dans ce contexte, la préoccupation a été exprimée que le développement de l'assistance technique par la création de centres régionaux présenterait des avantages pour les États bénéficiaires mais ne devait pas peser sur les ressources déjà limitées du Secrétariat. Il a été répondu que les sources de financement resteraient entièrement distinctes, puisque le Secrétariat était entièrement financé par le budget ordinaire de l'Organisation des Nations Unies. Le

---

[40] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 363.

personnel du Secrétariat devrait à l'évidence investir de son temps pour mettre en place et suivre les activités des centres régionaux, notamment la formation du personnel affecté à des projets, mais une approche équilibrée serait adoptée pour faire en sorte que les avantages de la création d'un centre régional l'emportent sur les coûts liés au temps investi. Il a également été indiqué que la Commission serait régulièrement informée des activités des centres régionaux. À cet égard, il a été noté que les centres régionaux devraient s'employer activement à recueillir des fonds pour maintenir un budget autonome.

266. La Commission a noté qu'au 24 juin 2011, El Salvador, le Kenya, la Malaisie, la République de Corée, la République dominicaine et Singapour s'étaient dits officiellement intéressés par la perspective d'accueillir un centre régional de la CNUDCI. Elle a également noté que plusieurs autres États avaient exprimé leur soutien en faveur de cette initiative. À la session en cours, l'Argentine s'est également dite intéressée par la perspective d'accueillir un centre régional de la CNUDCI.

267. La Commission a été informée de la proposition spécifique de la République de Corée en vue d'un projet pilote, selon laquelle le Gouvernement de ce pays, par la voix de son Ministère de la justice et de la mairie d'Incheon, s'était engagé à fournir ce qui suit en vue de la création et du fonctionnement du "Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique":

- Une contribution financière annuelle de 500 000 dollars des États-Unis au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, pour une durée initiale de cinq ans;
- Des locaux à Incheon (République de Corée) et d'autres contributions en nature, notamment du matériel et du mobilier;
- Un agent (expert juridique) détaché à titre gracieux, chargé des activités de coopération et d'assistance techniques.

268. La Malaisie et Singapour ayant également exprimé un intérêt général à l'idée d'accueillir un centre régional de la CNUDCI dans la région Asie-Pacifique, la Commission a pris note de la possibilité de créer d'autres centres régionaux dans cette région. À cet égard, le Secrétariat a été prié de poursuivre les consultations avec les autorités concernées de ces deux États pour assurer la mise en œuvre d'une approche globale et intégrée afin que l'assistance technique fournie dans la région soit la plus efficace possible.

269. À l'issue de la discussion, la Commission a remercié le Secrétariat d'avoir pris l'initiative d'établir une présence régionale de la CNUDCI et a exprimé sa gratitude au Gouvernement de la République de Corée pour sa généreuse contribution au projet pilote. Elle a donc approuvé la création d'un centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique en République de Corée, sous réserve des dispositions réglementaires pertinentes de l'Organisation des Nations Unies et du processus d'approbation interne du Bureau des affaires juridiques.

270. Le Secrétariat a été prié de tenir la Commission informée de l'évolution de la création des centres régionaux de la CNUDCI, notamment du Centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique, et en particulier de leur financement et de leur situation budgétaire.

XIV. Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI

271. La Commission a examiné une note du Secrétariat sur la promotion des moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI (A/CN.9/726), qui donnait des informations sur l'état du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT) et faisait le point des travaux entrepris par le Secrétariat sur les précis de jurisprudence se rapportant à la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Elle a également appelé l'attention sur le fait que ces activités consommaient beaucoup de ressources et que des ressources supplémentaires étaient nécessaires pour les poursuivre.

272. La Commission a pris note avec satisfaction des travaux accomplis dans le cadre du système CLOUT. Au 6 mai 2011, 107 numéros du Recueil de jurisprudence portant sur 1 055 affaires liées principalement à la CVIM et à la Loi type sur l'arbitrage avaient été préparés pour publication. La Commission a noté l'augmentation du nombre de sommaires de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et la Convention de New York, ainsi que la publication de sommaires concernant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[41]. Elle a également noté que la majorité des sommaires publiés concernaient des décisions rendues dans des États d'Europe occidentale et autres États, le reste portant sur des décisions rendues dans les autres régions (Asie-Pacifique, Europe orientale, Afrique, et Amérique latine et Caraïbes). Quelques sommaires se référaient à des sentences de la Chambre de commerce internationale. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux et aux autres personnes contribuant au développement du Recueil de jurisprudence. Le Secrétariat a été encouragé à poursuivre ses efforts pour élargir la composition et renforcer la vitalité du réseau des personnes contribuant au Recueil de jurisprudence.

273. La Commission a été informée que les correspondants nationaux se réuniraient le 7 juillet 2011 pour examiner, entre autres, la version révisée du précis de jurisprudence concernant la CVIM et l'avancement du précis concernant la Loi type sur l'arbitrage.

274. Il a été largement convenu que le Recueil de jurisprudence, y compris les précis, demeurait un aspect important des activités de la CNUDCI visant à promouvoir la diffusion, l'harmonisation et l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI. La Commission a remercié le Secrétariat pour les travaux qu'il avait accomplis dans ce domaine et pleinement appuyé l'appel lancé en faveur d'une augmentation des ressources pour soutenir et élargir ces travaux.

---

[41] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels*, New York, 20 mai-14 juin 1974 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), partie I.

XV. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI

275. La Commission a examiné l'état des conventions et des lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la Convention de New York en se fondant sur une note du Secrétariat (A/CN.9/723) et sur les informations obtenues par celui-ci après la soumission de cette note. Elle a pris note avec satisfaction des informations concernant les actes accomplis et textes législatifs adoptés, depuis sa quarante-troisième session, en rapport avec les instruments suivants:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980[42]: adhésion de la République dominicaine (21 États parties);

b) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958[43]: adhésion des Fidji (145 États parties);

c) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985, avec les amendements adoptés en 2006[44]: adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type telle que modifiée en 2006 en Australie (2010), au Brunéi Darussalam (2010), au Costa Rica (2011), en Géorgie (2009), en Malaisie (2005) et à Hong Kong (Chine) (2010);

d) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[45]: adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type au Monténégro (2005) et au Canada, dans la province de l'Ontario (2010);

e) Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008[46]: signatures du Luxembourg et de la République démocratique du Congo, ratification de l'Espagne (un État partie);

f) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, 1996[47]: adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type au Bahreïn (2002), aux Fidji (2008), au Ghana (2008), au Paraguay (2010), au Qatar (2010), au Rwanda (2010), au Samoa (2008), au Vanuatu (2000) et en Zambie (2009);

g) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, 2001[48]: adoption de nouveaux textes législatifs fondés sur la Loi type au Ghana (2008), au Paraguay (2010), au Qatar (2010), au Rwanda (2010) et en Zambie (2009); adoption

---

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

43 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

44 *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; et ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

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

46 Résolution 63/122 de l'Assemblée générale, annexe. La Convention n'est pas encore entrée en vigueur; 20 États parties sont requis à cette fin.

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

48 Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 à 3), annexe II.

d'un texte législatif s'inspirant des principes sur lesquels se fonde la Loi type au Nicaragua (2010);

276. La Commission a pris note de la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/722) et noté avec satisfaction l'influence des guides législatifs, guides pratiques et textes contractuels de la CNUDCI. À cet égard, il a été noté que la Colombie avait adopté un texte législatif correspondant à la troisième partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, concernant le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité[49].

XVI. Coordination et coopération

A. Généralités

277. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/725) présentant des informations sur les activités d'autres organisations internationales actives dans le domaine du droit commercial international auxquelles le secrétariat de la CNUDCI avait participé depuis la dernière note présentée à la Commission sur ce sujet (A/CN.9/707 et Add.1)[50].

278. La Commission a noté avec satisfaction que, conformément à la résolution 65/21 de l'Assemblée générale[51], le Secrétariat avait engagé un dialogue avec plusieurs organisations, dont la Banque mondiale, la Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye), le Groupe interinstitutions du Conseil des chefs de secrétariat des organismes des Nations Unies pour la coordination sur le commerce et les capacités productives (dirigé par la CNUCED), l'Organisation de coopération et de développement économiques, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, UNIDROIT et l'Union européenne. Le secrétariat a participé principalement à des réunions de groupes d'experts et de groupes de travail et à des réunions plénières de ces organisations afin d'échanger des informations et des connaissances et d'éviter que les produits de ces activités ne fassent double emploi. Elle a noté que ces travaux supposaient souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser les fonds alloués aux voyages officiels de son secrétariat. Elle a rappelé l'importance du travail de coordination qu'elle effectuait en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international et appuyé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

---

[49] Version préliminaire disponible en anglais à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html.

[50] Les notes du Secrétariat concernant ce point de l'ordre du jour sont établies en application du paragraphe 5 b) de la résolution 34/142 de l'Assemblée générale et conformément au mandat de la CNUDCI. Dans cette résolution, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de saisir la Commission, à chacune de ses sessions, d'un rapport sur les activités juridiques des organes, organisations et organismes internationaux dans le domaine du droit commercial international, ainsi que de recommandations sur les mesures que la Commission devrait prendre pour s'acquitter de son mandat s'agissant de coordonner les activités des organisations s'occupant de droit commercial international et d'encourager la coopération entre elles.

[51] Voir par. 7 de la résolution.

279. À titre d'exemple de ce travail de coordination, la Commission a mentionné en particulier les activités auxquelles participent la Conférence de La Haye et UNIDROIT.

B. Coordination et coopération dans le domaine des sûretés

280. La Commission était saisie d'un document établi conjointement par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye et les secrétariats de la CNUDCI et d'UNIDROIT avec l'aide d'experts extérieurs (en particulier Neil B. Cohen et Steven Weise), intitulé "Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties" (A/CN.9/720). Il a été noté que le Bureau permanent de la Conférence de La Haye et les secrétariats de la CNUDCI et d'UNIDROIT prévoyaient d'assurer à ce document la diffusion la plus large possible, notamment en tant que publication des Nations Unies à paraître conformément aux règles de publication pertinentes de l'ONU et aux conditions convenues avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye et le secrétariat d'UNIDROIT.

281. La Commission s'est félicitée du document et a exprimé ses remerciements à son secrétariat, au Bureau permanent de la Conférence de La Haye et au secrétariat d'UNIDROIT, ainsi qu'à tous les experts ayant participé à son élaboration. Il a été largement estimé que le document était représentatif du genre de coopération que la Commission favorisait depuis des années. Il a également été dit que le document, résumant le champ d'application des divers instruments, montrant comment ils pouvaient interagir et comparant les thèmes fondamentaux couverts par chacun d'eux, serait très utile pour aider les décideurs des États souhaitant adopter l'ensemble de ces instruments. On a fait observer que ce document pourrait ouvrir la voie à d'autres documents expliquant les corrélations entre les textes établis par les trois organismes mentionnés. Dans ce contexte, on a toutefois noté qu'il fallait veiller à ne pas créer d'incertitudes quant aux relations entre les divers textes qui pourraient être concernés.

282. Il a été proposé que dans le contexte de l'examen de la Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement[52], référence soit faite à la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international de 1988[53] et au fait qu'il n'existait pas de chevauchement entre la Loi type d'UNIDROIT et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques[54], étant donné que la Loi type excluait la location et la location-financement de gros matériel aéronautique, sauf convention contraire des parties. Il a en outre été proposé que dans le contexte de la description des avoirs visés par la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés de 2009[55], référence soit faite à certains aspects liés aux titres non intermédiés qui étaient également visés.

283. À l'issue de la discussion, sous réserve de la prise en compte des propositions susmentionnées en coopération avec le secrétariat d'UNIDROIT, la Commission a

---

[52] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/modellaws/2008leasing/main.htm.
[53] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/1988leasing-f.htm.
[54] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm.
[55] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

approuvé le document et demandé de lui assurer la diffusion la plus large possible, notamment en tant que publication des Nations Unies, en reconnaissant comme il se doit la contribution du Bureau permanent de la Conférence de La Haye et du secrétariat d'UNIDROIT.

C. Rapports d'autres organisations internationales

284. La Commission a pris note des déclarations faites au nom des organisations internationales suivantes.

1. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)

285. Une déclaration a été faite au nom d'UNIDROIT, qui s'est félicité de la coordination et de la coopération actuelles avec la CNUDCI et a réaffirmé sa ferme volonté de travailler en étroite collaboration avec cette dernière de manière à assurer la cohérence des travaux menés par les deux organisations, éviter les chevauchements et doubles emplois et garantir une utilisation optimale des ressources allouées par leurs États membres respectifs. On a mentionné le document sur les travaux de la CNUDCI, d'UNIDROIT et de la Conférence de La Haye dans le domaine des opérations garanties (voir par. 280 à 283 ci-dessus), fruit de cette collaboration tripartite. UNIDROIT a remercié la CNUDCI d'avoir coordonné et parrainé ce projet et exprimé l'espoir que d'autres projets conjoints puissent suivre.

286. UNIDROIT a communiqué les informations suivantes:

a) À sa quatre-vingt-dixième session, tenue à Rome du 9 au 11 mai 2011, le Conseil de direction d'UNIDROIT avait adopté par acclamation la troisième édition des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ("Principes d'UNIDROIT 2010"). Cette troisième édition contenait quatre nouveaux chapitres portant sur la restitution en cas d'annulation du contrat, l'illicéité, la pluralité de débiteurs et de créanciers et les obligations conditionnelles. Le Conseil de direction avait autorisé la publication et la promotion des Principes d'UNIDROIT 2010 dans le monde et chargé le secrétariat d'UNIDROIT de prendre les mesures nécessaires pour en obtenir l'approbation formelle par la CNUDCI;

b) UNIDROIT élaborait actuellement le troisième protocole – traitant des biens spéciaux – de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001 (Convention du Cap). Au 1er juillet 2011, la Convention du Cap comptait 46 États contractants et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques 40 États contractants. Le Conseil de direction avait autorisé le secrétariat d'UNIDROIT à transmettre le texte du projet de protocole à une conférence diplomatique d'adoption. Le Gouvernement allemand avait accepté d'accueillir cette conférence, qui se tiendrait à Berlin du 27 février au 9 mars 2012;

c) La version finale révisée du Commentaire officiel de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés devait être publiée dans le courant du troisième trimestre de 2011. En septembre 2010, le secrétariat d'UNIDROIT avait organisé un colloque sur le droit des marchés financiers en vue de déterminer les thèmes qui pourraient être traités dans un futur guide législatif sur les principes et règles susceptibles d'accroître les échanges de

sûretés sur les marchés financiers émergents. Les exposés présentés lors de ce colloque avaient été publiés dans un numéro spécial de la *Revue de droit uniforme* au début de 2011. Les travaux préparatoires sur le guide législatif étaient en cours et devaient être examinés à la deuxième session du Comité des marchés financiers émergents (prévue en principe pour les 28 et 29 mars 2012);

d) L'élaboration de principes et règles uniformes sur la compensation des instruments financiers s'était vue attribuer le degré de priorité le plus élevé. La première réunion du groupe d'étude, composé de régulateurs, d'universitaires et de représentants du secteur, s'était tenue à Rome en avril 2011. La prochaine réunion était prévue en septembre 2011;

e) Le Conseil de direction avait autorisé le secrétariat d'UNIDROIT à poursuivre ses consultations avec les secteurs compétents de manière à mieux appréhender la portée et les avantages potentiels d'un éventuel quatrième protocole à la Convention du Cap, portant sur les matériels d'équipement agricoles, miniers et de construction. Le secrétariat d'UNIDROIT prévoyait de tenir une réunion de consultation avec les secteurs concernés en novembre 2011;

f) En accord avec le Conseil de direction d'UNIDROIT, des consultations étaient actuellement menées avec des organisations intergouvernementales, en particulier l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture et le Fonds international de développement agricole, dans le domaine de l'investissement et de la production agricoles, afin d'explorer de plus près les synergies et d'élaborer des projets communs. Par la suite, le secrétariat d'UNIDROIT avait l'intention d'organiser un colloque, auquel participeraient également des experts externes, des représentants de gouvernements d'États membres et des représentants des milieux professionnels, en particulier de l'agro-industrie et du secteur financier, qui s'intéressaient aux questions de droit privé et au développement agricole. Le colloque, qui devait en principe se tenir du 8 au 10 novembre 2011, devait notamment traiter des procédures de sélection pour l'attribution de projets agricoles à des investisseurs potentiels. La participation de la CNUDCI à l'examen de ce sujet serait appréciée;

g) Le Conseil de direction d'UNIDROIT avait prié le secrétariat d'UNIDROIT de mener des consultations informelles avec les gouvernements et les organisations intéressées afin de déterminer la portée et la faisabilité d'un éventuel instrument international sur la responsabilité civile en cas de défaillance des services fournis par les systèmes mondiaux de navigation par satellite. Le secrétariat d'UNIDROIT avait déjà tenu une réunion de consultation informelle en octobre 2010, à laquelle les participants avaient exprimé des avis différents sur le sujet mais s'étaient généralement dits intéressés à poursuivre les consultations;

h) À sa quatre-vingt-dixième session, le Conseil de direction avait prié le secrétariat d'UNIDROIT de convoquer un comité de suivi de la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés[56], qui comptait 32 États contractants au 1er juillet 2011.

---

[56] Disponible à l'adresse www.unidroit.org/french/conventions/1995culturalproperty/main.htm.

2. Banque mondiale

287. Une déclaration a été faite au nom de la Banque mondiale, dans laquelle celle-ci remerciait la CNUDCI et son secrétariat pour la coopération continue qu'ils lui apportaient. Il a été noté qu'au cours de l'année écoulée, les travaux que la Banque mondiale menait en vue de favoriser la modernisation de l'environnement juridique propice à la croissance économique et au commerce de la CNUDCI avaient été considérablement renforcés par ceux de la CNUDCI. L'observateur de la Banque mondiale a souligné en particulier le travail fait par les deux organisations afin d'établir des cadres juridiques uniformes pour la passation des marchés publics, l'arbitrage et la conciliation, l'insolvabilité et les sûretés. L'adoption à la session en cours du document intitulé "La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge" (voir par. 198 ci-dessus), les travaux actuels sur le cadre réglementaire des registres et les travaux exploratoires concernant le cadre juridique de la microfinance ont été également salués. Des remerciements particuliers ont été adressés à la CNUDCI pour la coopération qu'elle apportait au travail d'élaboration, à partir de son Guide sur les opérations garanties, d'un bref ensemble de normes visant à promouvoir des régimes d'opérations garanties efficaces, et pour l'appui qu'elle fournissait au Groupe de travail spécial de la Banque mondiale sur l'insolvabilité, qui avait commencé à examiner l'opportunité et la faisabilité de recenser des principes communs aux États pour traiter le problème de la faillite personnelle compte tenu de l'importance d'assurer un accès large et ouvert aux services financiers (voir par. 222 ci-dessus). La Banque mondiale a également remercié le secrétariat d'être prêt à apporter son aide pour identifier et mobiliser des connaissances techniques en faveur de l'application des textes législatifs de la CNUDCI.

D. Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail

288. La Commission a rappelé qu'à sa quarante-troisième session, en 2010, elle avait adopté le relevé de conclusions sur son règlement intérieur et ses méthodes de travail[57]. Au paragraphe 9 de ce relevé, elle avait décidé d'établir et d'actualiser en tant que de besoin une liste des organisations internationales et des organisations non gouvernementales avec lesquelles la CNUDCI entretenait une coopération de longue date et qui avaient été invitées aux sessions de la Commission.

289. La Commission a noté que les listes d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales invitées à ses sessions et à celles de ses groupes de travail étaient mises en ligne à l'intention des États Membres. On y trouvait les noms complets et abrégés des organisations, en anglais, français ou espagnol selon le cas, ainsi que des liens vers leurs sites Web, le cas échéant. La Commission a également noté que le Secrétariat tenait systématiquement ces listes à jour, en particulier en y ajoutant le nom des nouvelles organisations dès qu'il était décidé de les inviter aux sessions de la CNUDCI ou de l'un de ses groupes de travail.

---

[57] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), annexe III.

290. La Commission a été informée que depuis décembre 2010, date à laquelle les listes avaient été mises en ligne à l'intention des États Membres, six nouvelles organisations non gouvernementales y avaient été ajoutées: Association droit et méditerranée (Jurimed), Fondation pour le droit continental/Civil Law Initiative, International Federation of Purchasing and Supply Management, International Technology Law Association, National Center for Technology and Dispute Resolution et Tehran Regional Arbitration Centre.

291. Certaines délégations se sont inquiétées de ne pas avoir reçu d'informations concernant les listes et les procédures à suivre pour y accéder. En réponse, il a été expliqué que l'accès aux listes était donné à tous les États Membres de l'ONU et que le Secrétariat leur avait communiqué les informations correspondantes dans une note verbale du 14 décembre 2010. Il a été convenu que ces informations seraient à nouveau communiquées à l'ensemble des États Membres. Plusieurs délégations estimaient qu'il serait efficace de distribuer aussi ces informations aux membres des délégations auprès de la CNUDCI.

292. Le Secrétariat a confirmé que les listes contenaient les noms de toutes les organisations actuellement invitées aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. Il a été dit que les listes pourraient être plus faciles à consulter si les organisations y étaient regroupées en fonction de l'organe aux sessions duquel elles étaient invitées. La Commission a demandé au Secrétariat de réagencer les listes de manière à ce qu'on y voie clairement quelles organisations étaient invitées aux sessions de chaque groupe de travail et à celles de la Commission.

293. Certaines délégations se sont dites préoccupées que les États membres de la Commission n'étaient généralement pas consultés avant que de nouvelles organisations non gouvernementales ne soient ajoutées à la liste. En réponse, le Secrétariat a fait observer que les invitations étaient certes établies au nom de la Commission ou du groupe de travail mais que le Secrétariat pourrait difficilement, en raison du temps que cela prendrait, consulter systématiquement les États membres avant de décider d'inviter telle ou telle organisation non gouvernementale aux sessions de la Commission ou de ses groupes de travail. Il a été rappelé que cette question avait été longuement débattue aux quatre sessions précédentes de la Commission.

294. Il a été suggéré que le Secrétariat communique des informations au sujet des nouvelles organisations non gouvernementales qu'il était envisagé d'inviter, de manière officielle (note verbale aux missions permanentes ou aux représentants permanents) ou informelle (par exemple un courrier électronique aux représentants des États assistant aux sessions de la CNUDCI), avant qu'un groupe de travail n'entame des travaux sur un nouveau projet. En réponse, on s'est dit préoccupé des conséquences pratiques que cette suggestion aurait pour le Secrétariat, la Commission et ses groupes de travail, en particulier si cela signifiait qu'en cas d'objection d'un seul État, une organisation ne pourrait être invitée tant que la Commission n'aurait pas examiné la question à sa session annuelle. Il a été généralement convenu qu'il fallait éviter des consultations laborieuses entre le Secrétariat et l'ensemble des États avant d'inviter une nouvelle organisation non gouvernementale.

295. Le Secrétariat a expliqué la procédure suivie en la matière depuis la fin de la quarante-troisième session de la Commission, en 2010: a) le Secrétariat prenait la

décision provisoire d'inviter de nouvelles organisations aux sessions au nom de la Commission et de ses groupes de travail; b) une invitation était adressée à chacune de ces organisations et la liste des organisations établie à l'intention des États Membres était actualisée; et c) la Commission était informée à sa session annuelle de l'ajout sur les listes de toute nouvelle organisation (voir par. 290 ci-dessus). Il a été noté que si des objections à l'invitation de nouvelles organisations étaient soulevées, elles étaient censées être examinées en session par l'ensemble des États membres de la Commission.

296. Certaines délégations ont suggéré que le Secrétariat porte spécifiquement à l'attention des États chaque nouvelle inscription sur la liste des organisations invitées. À l'issue de la discussion, il a été convenu qu'il suffirait de renvoyer les États aux listes actualisées disponibles en ligne. Il a aussi été convenu que l'existence de la liste compilée et actualisée conformément aux paragraphes 292 et 295 ci-dessus devrait être rappelée aux États dans la note verbale standard qui leur était adressée pour les inviter à se faire représenter à chaque session de la CNUDCI et de ses groupes de travail. Il était entendu que tout État souhaitant formuler une objection à l'invitation d'une nouvelle organisation pourrait à tout moment en faire part au Secrétariat.

297. Une autre suggestion, largement approuvée, était que tous les documents concernant les méthodes de travail de la CNUDCI soient mis à disposition sur une page du site Web de la CNUDCI spécialement prévue à cette fin. La Commission a prié le Secrétariat d'actualiser le site Web en conséquence.

298. Il a également été suggéré qu'afin de faire mieux connaître les travaux normatifs et d'assistance technique de la Commission, le Secrétariat devrait étudier la possibilité d'inviter un petit nombre de grandes revues juridiques spécialisées à se faire représenter en tant qu'observateurs aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, étant entendu que ces revues diffuseraient ensuite des informations sur les nouveaux projets et les normes existantes. Après discussion, cette suggestion a été adoptée.

XVII. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international

A. Introduction

299. Au paragraphe 3 de sa résolution 62/70, au paragraphe 7 de la résolution 63/128 et au paragraphe 9 de la résolution 64/116, l'Assemblée générale a invité la Commission à lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumettait, du rôle qu'elle jouait dans la promotion de l'état de droit. La Commission a rappelé qu'elle avait ensuite transmis à l'Assemblée les observations demandées, dans les rapports annuels qu'elle lui avait présentés[58].

---

[58] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 385 et 386; ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 412 à 420; et ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 313 à 336.

B. Mesures prises à la session en cours conformément aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

300. La Sixième Commission de l'Assemblée générale était convenue que les observations relatives à la question intitulée "L'état de droit et la justice en période de transition dans les situations de conflit et d'après conflit", sous-thème du point de l'ordre du jour consacré à l'état de droit, devraient porter notamment sur le rôle et l'avenir de la justice nationale et internationale en période de transition et des mécanismes de contrôle et les systèmes de justice informels. La Commission a donc décidé qu'à sa session en cours, ses observations à l'attention de l'Assemblée générale se concentreraient sur ce sous-thème et sur les questions retenues par la Sixième Commission, envisagées sous l'angle des travaux de la CNUDCI.

301. La Commission a tenu sur ce sous-thème une table ronde à laquelle ont participé des partenaires de la CNUDCI s'occupant de la mise en œuvre de la réforme du droit commercial dans la région des Balkans. Les intervenants ont été priés de donner des exemples concrets de réussites et de problèmes afin que la Commission puisse s'appuyer sur ces informations de première main pour formuler des observations sur son rôle dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international dans le contexte intéressant l'Assemblée générale.

C. Résumé de la table ronde sur le rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit

302. Les intervenants ont souligné que les instruments et les ressources de la CNUDCI, bien utilisés, pourraient faciliter et accélérer le passage du relèvement après conflit à une économie plus stable et plus intégratrice. Ils ont aussi insisté sur le caractère exceptionnel de la CNUDCI et de ses compétences spécialisées: aucune autre organisation n'était mieux à même de proposer des lois types et des règles acceptables au plan international dans le domaine du droit commercial, un appui à la promulgation de lois commerciales uniformes et en particulier les activités de formation et d'éducation bien nécessaires. Tous les intervenants ont fait observer que la CNUDCI devrait mettre à profit toute la gamme de ses activités d'assistance et de coopération techniques pour aider les sociétés sortant d'un conflit en apportant dès que possible une assistance technique aux organisations et aux gouvernements concernés.

303. Dans le contexte international, il a été souligné en particulier que la CNUDCI offrait une tribune neutre, impartiale et apolitique pour débattre de questions juridiques techniques, ce qui permettait souvent aux parties à des conflits internationaux de renouer le dialogue. On a également noté l'impact de ses travaux sur les mesures tendant à favoriser l'intégration économique régionale, souvent considérée comme un moyen de dissuasion efficace contre les conflits (empêchant notamment les sociétés sortant d'un conflit d'y sombrer à nouveau).

304. Dans le contexte de la reconstruction interne, on a jugé que l'utilisation des instruments et autres ressources de la CNUDCI pour réformer le droit commercial local et les institutions était essentielle pour regagner rapidement la confiance des milieux d'affaires internationaux et des donateurs, sans lesquels l'afflux des

capitaux nécessaires à la reconstruction était impossible. À cet égard, on a mentionné en particulier les instruments de la CNUDCI dans les domaines de la passation des marchés publics, du règlement des litiges commerciaux et des contrats de vente internationale de marchandises. Il a été indiqué que le fait que les législations commerciales locales se fondaient sur les normes acceptables au plan international élaborées par la CNUDCI constituait une garantie de qualité suffisante pour les investisseurs et les donateurs. On a souligné qu'il fallait que la CNUDCI renforce son assistance à la promulgation de lois fondées sur ses textes, à leur interprétation et à leur application. On a également souligné qu'il importait de traduire les textes de la CNUDCI dans les langues locales des sociétés sortant d'un conflit afin que les utilisateurs finaux visés puissent mieux les connaître et les comprendre.

305. Il était notoire que l'appareil judiciaire de nombreux pays, non seulement dans les sociétés sortant d'un conflit, souffrait d'un manque d'effectifs, en particulier de personnel qualifié, et avait des dossiers en retard. On a reconnu que la réforme du système judiciaire ne pouvait se faire rapidement ni aisément. L'arbitrage s'était avéré être une solution viable pour régler les différends dans les sociétés dont le système judiciaire connaissait des problèmes, notamment celles sortant d'un conflit. Il a été noté que comme les centres d'arbitrage étaient en général créés à l'initiative du secteur privé et administrés par ce dernier, leur mise en place et leur administration se faisaient plus facilement et plus rapidement que celle des tribunaux. Il a été dit que le fondement de certains d'entre eux remontait peut-être aux mécanismes traditionnels de règlement des litiges. Le rôle des instruments de la CNUDCI dans la facilitation du recours à l'arbitrage a été souligné.

306. Certains aspects des travaux de la CNUDCI dans le domaine de la médiation et de la conciliation ont également été abordés. On a noté en particulier l'impact positif de la médiation et de la conciliation sur la culture générale du règlement des litiges dans les sociétés sortant d'un conflit, les parties passant d'une situation d'adversaires à une situation de règlement à l'amiable. Il a été dit que les instruments de la CNUDCI dans ce domaine ne suffisaient pas à eux seuls pour provoquer ce changement positif. On a estimé qu'il était indispensable que la CNUDCI et ses partenaires s'emploient énergiquement à sensibiliser le public à cet autre mode de règlement des litiges, en contribuant à créer les centres de médiation nécessaires et à renforcer les compétences requises.

307. On a estimé que si de toute évidence l'arbitrage, la médiation et la conciliation, tels que réglementés dans les instruments de la CNUDCI, jouaient un rôle utile dans le contexte des relations commerciales, lorsque les enseignements tirés de leur utilisation dans ce contexte s'avéraient positifs, ils influaient aussi sur la manière dont les litiges non commerciaux étaient réglés.

308. On a insisté sur le rôle de certaines ressources de la CNUDCI telles que son Recueil de jurisprudence (voir par. 271 à 274 ci-dessus) dans le cadre de la formation des juges et de la réforme du système judiciaire. Non seulement le Recueil de jurisprudence était considéré comme un important outil pour faciliter l'interprétation et l'application uniformes des normes du droit commercial international par les juges et les arbitres, mais il avait aussi, a-t-on dit, une incidence sur la qualité des jugements et des sentences arbitrales prononcées: lorsque les juges et les arbitres savaient que leurs jugements ou leurs sentences seraient utilisés par les correspondants nationaux pour établir les sommaires

destinés au Recueil, la qualité de leurs jugements ou de leurs sentences s'en trouvaient sensiblement améliorée.

309. On a souligné le fait que certains instruments de la CNUDCI, notamment dans le domaine de la passation des marchés publics, pouvaient faciliter la réintégration de certains groupes touchés par les conflits (tels que les minorités lésées, les personnes déplacées, les réfugiés ou les anciens combattants) dans l'activité économique normale. Cette réintégration, a-t-il été expliqué, pouvait se faire au moyen de mécanismes prévoyant des marges de préférence et de programmes réservés qui, à condition d'être appliqués de manière transparente et strictement réglementée, étaient autorisés par les instruments de la CNUDCI régissant la passation des marchés publics. On a noté que ces instruments différaient par leur nature d'autres instruments internationaux dans ce domaine (comme ceux formulés sous les auspices de l'OMC et de l'Union européenne), qui visaient essentiellement à ouvrir les marchés locaux à la concurrence internationale, et en particulier qu'ils devaient servir de modèles pour les lois nationales régissant la passation des marchés publics, réalisant ainsi l'équilibre entre les objectifs de promotion de la concurrence internationale et la nécessité de renforcer les capacités locales et de prendre en compte d'autres politiques socioéconomiques de l'État. Réglementant à la fois les grands et les petits marchés, ces instruments joueraient un rôle utile dans les contextes de reconstruction après conflit, où les deux types de marché présentaient un grand intérêt.

310. On a souligné que la CNUDCI avait contribué à ramener des secteurs informels de l'économie dans la sphère formelle. On a indiqué qu'il était courant, dans les sociétés sortant d'un conflit, caractérisées par la méfiance et le dysfonctionnement des mécanismes d'application des lois, que les parties à des opérations commerciales recourent à des modes informels de fonctionnement (par exemple des transactions orales effectuées sur place par des partenaires se connaissant). Ce type d'opération répond peut-être aux besoins quotidiens élémentaires des populations, mais il ne crée pas d'emplois et n'est pas propice au progrès économique. Les instruments de la CNUDCI, en particulier dans le domaine des contrats de vente de marchandises et du règlement des litiges commerciaux, se sont avérés utiles pour créer ou recréer un environnement juridique propice à des relations commerciales plus réglementées et fondées sur des contacts, notamment dans un contexte international.

311. On a donné plusieurs exemples précis d'utilisation des textes de la CNUDCI et d'autres formes d'engagement de la CNUDCI dans des sociétés sortant d'un conflit. On a noté que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avait servi de modèle pour la loi sur l'arbitrage adoptée au Kosovo[59] en janvier 2007. Il a également été indiqué que la Chambre de commerce du Kosovo et la Chambre de commerce américaine au Kosovo avaient approuvé le Règlement d'arbitrage du Kosovo, inspiré du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et envisageraient sous peu de se fonder sur le Règlement de conciliation de la CNUDCI pour élaborer leurs règles de procédure en matière de médiation commerciale et les modifications de la loi kosovare sur la médiation. Il a été noté que la CNUDCI avait récemment fourni au programme SEAD (Systems for

[59] Toutes les mentions du Kosovo dans le présent document s'entendent comme étant conformes à la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité.

Enforcing Agreements and Decisions, Système de mise en œuvre des accords et décisions) mené par l'Agence des États-Unis pour le développement international (USAID) au Kosovo du matériel pour la formation des arbitres tenue en mai et juin 2011.

312. Concernant le document A/CN.9/724, dont la Commission était saisie au titre du point 14 de l'ordre du jour de sa session en cours (voir par. 253 ci-dessus), on a noté que certaines activités d'assistance et de coopération techniques du secrétariat de la CNUDCI, ces dernières années, avaient été menées en coopération avec des organisations d'intégration économique régionale dont certains membres étaient des pays sortant d'un conflit, et qu'elles avaient un impact direct sur ces pays. Par exemple, des activités avaient été menées régulièrement dans les États parties au Traité de libre échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine. Ces activités concernaient notamment l'adoption de textes de la CNUDCI en El Salvador, au Honduras et en République dominicaine. Un autre exemple était la contribution du secrétariat de la CNUDCI aux travaux du Groupe de travail de la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) sur le droit de l'Internet, une initiative conjointe du secrétariat de la CAE et de la CNUCED visant à l'adoption de lois uniformes sur les transactions électroniques dans les États membres de la CAE sur la base, entre autres, des textes pertinents de la CNUDCI. Il a été noté que le secrétariat de la CNUDCI entretenait des contacts réguliers avec le Groupe de travail. La législation du Rwanda sur le commerce électronique ("Loi relative aux messages électroniques, signatures électroniques et transactions électroniques", n° 18/2010 du 12 mai 2010) a été élaborée dans ce cadre.

313. Il a également été indiqué que le secrétariat de la CNUDCI avait participé au programme de développement du secteur privé pour l'Iraq, dans le cadre duquel, sous la direction de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, un appui avait été fourni pour l'élaboration d'une nouvelle législation iraquienne portant notamment sur la passation de marchés publics et les modes alternatifs de règlement des litiges (arbitrage et conciliation). Ce programme visait à créer et à mettre en œuvre un cadre efficace, cohérent et complet pour le développement du secteur privé en Iraq, et notamment à améliorer le cadre juridique et réglementaire en vue de favoriser la croissance économique. En particulier, en mars et avril 2011, une assistance technique a été fournie concernant l'élaboration d'une législation sur la passation des marchés publics.

314. La Commission a noté que le secrétariat de la CNUDCI avait également fourni des commentaires et une assistance à divers organismes internationaux menant des activités d'assistance technique dans des sociétés en conflit ou sortant d'un conflit. Par exemple, il a fourni des commentaires concernant les lois sur la médiation à la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), qui s'emploie à promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges dans les Balkans, et concernant diverses lois sur l'arbitrage et la médiation à la Société financière internationale (SFI) qui a apporté une assistance technique à de nombreux États dans le domaine du règlement des litiges. La Commission a noté avec satisfaction que la participation de membres du secrétariat dans certains de ces projets avait été jugée essentielle à leur bon déroulement. Le secrétariat fournissait également une assistance technique à la Banque mondiale afin de promouvoir l'adoption de la Convention de New York.

315. La Commission a pris note de la préoccupation exprimée dans le document A/CN.9/724, selon laquelle l'urgente nécessité de lutter contre les menaces mondiales suscitait une attention prioritaire et exigeait des ressources considérables au détriment d'autres domaines de travail, notamment du droit commercial international, dont le rôle en tant qu'outil important du développement était souvent négligé. Les conflits internationaux et internes avaient affaibli les États touchés, notamment en ce qui concerne leur capacité d'engager des réformes dans le domaine du droit commercial, en dépit du fait que le commerce pouvait largement contribuer au relèvement des pays sortant d'un conflit, à la fois en favorisant le développement économique et en renforçant la confiance mutuelle.

D. Conclusions

316. La Commission a souligné l'intérêt que présentaient ses travaux actuels, en particulier dans les domaines de l'arbitrage et de la conciliation, de la passation des marchés publics et des registres de sûretés, et ses travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance, pour les activités de reconstruction à l'issue d'un conflit en général et pour certains des sujets énoncés par la Sixième Commission dans le cadre de ce sous-thème (voir par. 300 ci-dessus).

317. La Commission a noté l'importance particulière de ses instruments et de ses ressources pour ce qui est de créer un environnement propice à la reconstruction après les conflits et d'empêcher les sociétés d'y retomber. Ses instruments, s'ils étaient utilisés pour adopter des textes de loi en matière commerciale dans les sociétés sortant d'un conflit, contribuaient au rétablissement de la confiance des milieux d'affaires et des donateurs, perdue ou mise à mal à cause du conflit. Ses programmes et ses ressources favorisaient également l'organisation d'institutions qui appuyaient l'activité économique, l'éducation juridique et la création de compétences, telles que les chambres de commerce, les barreaux et les centres d'arbitrage. Ils contribuaient également au renforcement du système judiciaire (grâce par exemple au Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, qui aidait les juges à mieux comprendre les normes du droit commercial international et à les appliquer de manière uniforme). Ils pouvaient également modifier de façon positive les stratégies et comportements en matière de règlement des litiges dans les sociétés affectées.

318. Tout en reconnaissant que la CNUDCI et son secrétariat devraient s'engager plus activement dans les questions de reconstruction après conflit, la Commission a estimé que compte tenu de l'insuffisance des ressources, sa contribution dans ce contexte resterait modeste et risquait même de diminuer, à moins de trouver des moyens novateurs pour que les instruments et les ressources de la CNUDCI soient utilisés dès le début des opérations de relèvement après conflit par l'Organisation des Nations Unies et d'autres donateurs (notamment par l'intermédiaire du Département des opérations de maintien de la paix, de la Commission de consolidation de la paix, du Programme des Nations Unies pour le développement, de la Banque mondiale, de l'Union européenne et de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe). Le Secrétariat a été encouragé à chercher et à développer des partenariats à cette fin. Il a été noté que l'établissement de centres régionaux de la CNUDCI, examiné précédemment à la session en cours (voir par. 262 à 270 ci-dessus), devrait également faciliter la réalisation de cet objectif.

319. Il a été jugé nécessaire de mieux faire connaître le travail de la CNUDCI et en particulier de montrer qu'elle ne s'occupait pas simplement de pratiques commerciales extrêmement complexes (telles que la cession de créances) mais également d'éléments fondamentaux de toute activité commerciale (tels que la vente de marchandises) et qu'elle pouvait donc apporter une contribution réelle et immédiate aux sociétés sortant d'un conflit. Cette prise de conscience devait se produire non seulement au sein du système des Nations Unies mais également parmi les donateurs bilatéraux et multilatéraux ainsi que dans les pays bénéficiaires et les sociétés affectées. On a noté le rôle que jouaient les organisations non gouvernementales et les milieux universitaires pour faire connaître l'importance des travaux de la CNUDCI dans ce contexte. Il a également été proposé d'étudier les moyens de diffuser plus largement les instruments de la CNUDCI, notamment en les faisant traduire dans les langues locales de sociétés sortant de conflits.

320. La Commission a de nouveau exprimé sa conviction que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par l'intermédiaire du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, avec l'appui du Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général. Elle s'est réjouie à l'idée de jouer un rôle dans le renforcement et la coordination des activités de l'Organisation dans le domaine de l'état de droit.

E. Réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international en 2012

321. L'attention de la Commission a été appelée sur le paragraphe 13 de la résolution 65/32 de l'Assemblée générale. La Commission a noté que le Secrétariat l'informerait en temps utile des modalités de la réunion de haut niveau sur l'état de droit aux niveaux national et international qui se tiendrait durant la soixante-septième session de l'Assemblée, de sorte qu'elle puisse étudier à sa prochaine session, en 2012, les moyens de faire en sorte que les aspects de ses travaux y soient dûment reflétés. Il a été noté qu'il importait de ne pas négliger ces aspects dans les discussions de cette réunion de haut niveau.

XVIII. Concours d'arbitrage commercial international

A. Remarques générales

322. La Commission a noté avec satisfaction que le Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, qui réunissait des participants venus du monde entier, était une initiative éducative très concluante ayant contribué à la fois à la diffusion d'informations sur les instruments de la CNUDCI et à l'élaboration de programmes d'enseignement universitaire sur l'arbitrage commercial international. Elle a remercié en particulier Eric Bergsten, ancien secrétaire de la Commission, d'avoir développé et orienté le Concours depuis sa création durant l'année universitaire 1993/94. Elle a également remercié l'ensemble des institutions et des personnes participant à la préparation et à la tenue des concours.

323. La Commission a pris note avec satisfaction des consultations préliminaires menées entre le Secrétariat, les universités et d'autres institutions de différentes régions du monde sur la possibilité de créer un concours de plaidoirie destiné spécialement à promouvoir les normes de la CNUDCI en matière d'insolvabilité. Elle s'est dite favorable à la poursuite de ces consultations. À cet égard, il a été proposé qu'une autre source d'inspiration pour ce type de concours pourrait être les normes de la CNUDCI sur les sûretés.

B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 2011

324. Il a été noté que l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis avait organisé le dix-huitième Concours. La phase orale du Concours s'était déroulée à Vienne du 15 au 21 avril 2011. Comme les précédentes années, le Concours était coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours portaient sur la Convention des Nations Unies sur les ventes et le Règlement d'arbitrage de la Chambre d'arbitrage de Milan. Au total, 254 équipes provenant de facultés de droit de 63 pays participaient au Concours. L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de l'Université d'Ottawa (Canada). La phase orale du dix-neuvième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis était prévu à Vienne du 30 mars au 5 avril 2012.

325. Il a également été noté que le huitième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est) avait été organisé par la Vis East Moot Foundation avec la Section Asie de l'Est du Chartered Institute of Arbitrators et également été coparrainé par la Commission. La phase finale s'était tenue à Hong Kong (Chine) du 4 au 10 avril 2011. En tout, 85 équipes représentant 19 pays avaient participé au huitième Concours (Est). L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de l'Université Bond (Australie). Le neuvième Concours (Est) était prévu à Hong Kong (Chine) du 19 au 25 mars 2012.

C. Concours d'arbitrage commercial international de Madrid 2011

326. Il a été noté que l'Université Carlos III de Madrid avait organisé du 20 au 25 juin 2011 le troisième Concours d'arbitrage commercial international de Madrid, également coparrainé par la Commission. Les questions juridiques soumises aux participants avaient porté sur la vente internationale de marchandises (Convention des Nations Unies sur les ventes), le transport international (Règles de Rotterdam) et l'arbitrage commercial international en vertu de la Loi type sur l'arbitrage et la Convention de New York. Au total, neuf équipes de facultés de droit ou de programmes de maîtrise de cinq pays avaient participé au Concours de Madrid, en langue espagnole. L'équipe ayant le mieux plaidé était celle de l'Université de Versailles (France). Les dates du quatrième Concours de Madrid, prévu en 2012, seraient confirmées ultérieurement.

XIX. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

327. La Commission a pris note avec satisfaction des quatre résolutions adoptées le 6 décembre 2010 par l'Assemblée générale: la résolution 65/21 concernant le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session; la résolution 65/22 sur la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; la résolution 65/23 concernant le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles; et la résolution 65/24 concernant la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

XX. Questions diverses

A. Programme de stages

328. Un rapport oral a été présenté sur le programme de stages au secrétariat de la CNUDCI. En particulier, il a été noté que, depuis le rapport oral que le secrétariat avait présenté à la Commission à sa quarante-troisième session, en juillet 2010, 17 nouveaux stagiaires avaient effectué un stage au secrétariat.

329. La Commission a noté qu'en choisissant des stagiaires dans le fichier administré et tenu à jour par l'Office des Nations Unies à Vienne, le secrétariat gardait constamment à l'esprit les besoins de la CNUDCI et de son secrétariat, en particulier la nécessité de tenir le site Web de la Commission dans les six langues officielles de l'ONU. Elle a en outre noté que, lorsqu'une liste suffisante de candidats qualifiés était disponible, le secrétariat s'employait à assurer une représentation équilibrée de femmes et d'hommes ainsi que de stagiaires venant de diverses régions géographiques, en accordant une attention particulière aux besoins des pays en développement et des pays à économie en transition.

330. Pendant la période considérée, le secrétariat avait accueilli 17 stagiaires, dont 11 de sexe féminin et 12 venant de pays en développement et de pays à économie en transition. La Commission a noté que pendant cette période, le secrétariat avait eu des difficultés à trouver dans le fichier des candidats qualifiés et admissibles de pays d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que des candidats ayant des connaissances en langue arabe.

B. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission

331. Il a été rappelé que, comme il avait été indiqué à la Commission à sa quarantième session, en 2007[60], la facilitation des travaux de la CNUDCI figurait dans le budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009 parmi les "réalisations escomptées du Secrétariat", l'indicateur de succès correspondant étant le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis, mesuré sur une

---

[60] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 243.

échelle de 1 à 5 (5 étant la meilleure note)[61]. La Commission est convenue de faire part de son appréciation au Secrétariat. Il a été rappelé qu'une question similaire concernant le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis par le Secrétariat avait été posée à la fin de la quarante-troisième session de la Commission[62]. Il a été rappelé en outre qu'à cette session, six délégations avaient répondu à la question, donnant une note moyenne de 4,66.

C. Droit à l'établissement de comptes rendus analytiques

332. À la demande du Service de la gestion des conférences de l'Office des Nations Unies à Vienne, la Commission a été informée par le Chef du Service de la proposition de remplacer les comptes rendus analytiques de ses réunions, soit a) par des transcriptions non éditées des débats dans les six langues officielles de l'ONU; soit b) par des enregistrements numériques des débats qui seraient consultables dans une certaine mesure et pourraient être mis en ligne sur le site Web de la CNUDCI. Ces changements viseraient à répondre aux appels lancés pour réduire les dépenses de documentation dans l'ensemble de l'Organisation des Nations Unies. Le Chef du Service de la gestion des conférences a mentionné les diverses économies qui pourraient découler des mesures proposées, étant entendu qu'aucune des modifications suggérées n'aurait d'incidence sur l'établissement des comptes rendus pour la session en cours.

333. Tout en reconnaissant la nécessité de s'attaquer au problème de la réduction des coûts au sein du Secrétariat de l'ONU, la Commission a souligné qu'il importait que les comptes rendus de ses séances soient aussi complets que possible pour faciliter les recherches futures sur l'historique législatif des normes juridiques émanant de ses travaux. La Commission a noté que la résolution 49/221 de l'Assemblée générale lui octroyait le droit à des comptes rendus analytiques. Elle a noté en outre qu'elle avait traité précédemment de la question de la nécessité de ces comptes rendus analytiques à sa trente-septième session, en 2004. On lui avait alors présenté l'option des transcriptions non éditées et celle des enregistrements numériques et elle avait conclu que les comptes rendus analytiques étaient essentiels à ses travaux[63]. De ce point de vue, elle ne devait pas prendre à la légère un renoncement à son droit à l'établissement de comptes rendus analytiques. À l'issue de sa discussion, elle s'est dite disposée à examiner de nouveau la question et est convenue d'y revenir à sa prochaine session, à laquelle elle examinerait un rapport du Secrétariat sur les questions et possibilités en jeu.

---

61 A/62/6 (sect. 8) et Corr.1, tableau 8.19 d).

62 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 348.

63 Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 129 et 130.

XXI. Date et lieu des réunions futures

A. Examen d'une proposition budgétaire du Secrétaire général affectant la tenue des réunions de la CNUDCI alternativement à New York et à Vienne

334. La Commission a été informée d'une proposition du Secrétaire général visant à réduire les coûts administratifs liés au service de ses sessions en diminuant les frais de voyage des fonctionnaires du secrétariat de la CNUDCI assurant le service des réunions à New York. Il a été noté que cette proposition aurait pour effet de mettre fin à la pratique ancienne consistant à tenir les sessions de la Commission et de ses groupes de travail alternativement à New York et à Vienne et qu'à compter de 2012, toutes les sessions de la Commission et de ses groupes de travail se tiendraient donc à Vienne. Il a également été noté que la mise en œuvre de cette proposition nécessitait une décision de la Commission et de l'Assemblée générale. La Commission a aussi été informée que dans le projet de budget pour 2012-2013, le Secrétaire général prévoyait des réductions touchant non seulement les frais de voyage liés au service des réunions à New York (réduction proposée de 274 200 dollars pour l'exercice biennal 2012-2013, soit 94,3 % des crédits alloués en 2010-2011), mais aussi, entre autres, le recrutement de consultants (réduction de 20 000 dollars, soit 23,6 %); les frais de voyage des experts (réduction de 39 100 dollars, soit 17,8 %); les autres frais de voyage des fonctionnaires (réduction de 22 800 dollars, soit 20 %); et le mobilier et le matériel (réduction de 17 200 dollars, soit 44,9 %). Au total, la réduction projetée pour la CNUDCI et son secrétariat s'élèverait à 364 700 dollars pour l'exercice biennal 2012-2013, soit 5,2 % des crédits alloués en 2010-2011. Compte tenu du fait que 84,2 % du budget total du secrétariat de la CNUDCI sert à financer les postes, cette réduction représenterait 33 % du montant des crédits ouverts pour les dépenses autres que les postes au budget de 2010-2011.

335. La Commission a pris note de la proposition. Un appui unanime a été exprimé en faveur des efforts faits pour réaliser des économies dans l'ensemble de l'Organisation.

336. La Commission a rappelé qu'elle alternait depuis toujours ses réunions entre New York et une ville européenne (Genève de 1969 à 1977 et Vienne depuis 1978). Parmi les raisons invoquées par les États pour justifier cette alternance lorsque la Commission avait été établie et lorsque son secrétariat avait été transféré de New York à Vienne figuraient les suivantes: la répartition proportionnelle des frais de voyage entre les délégations; l'influence et la présence de la CNUDCI au niveau mondial; et la prise en compte des besoins des pays en développement, dont beaucoup ne disposaient pas d'une représentation à Vienne. La Commission a confirmé que ces motifs restaient à ce jour tout aussi valables. Il a été rappelé que dans l'histoire de la CNUDCI, il avait été proposé plusieurs fois de tenir certaines réunions de la Commission et de ses groupes de travail dans d'autres régions du monde afin d'accroître la visibilité de la CNUDCI dans ces régions et dans le monde entier. De ce point de vue, l'organisation des sessions par alternance était déjà le fruit d'un compromis qui ne devrait pas être remis en question. La Commission a également rappelé ses décisions concernant les moyens de mieux intégrer ses ressources dans d'autres activités de l'ONU, tels que les programmes conjoints sur

l'état de droit, le développement et la reconstruction après conflit (voir par. 318 à 320 ci-dessus). La mise en œuvre de ces décisions exigerait de resserrer la coopération et la coordination entre le secrétariat de la CNUDCI et les parties concernées du système des Nations Unies se trouvant à New York.

337. Les États Membres participant à la session ont estimé unanimement que mettre fin à l'alternance aurait des incidences néfastes sur la capacité de la CNUDCI à poursuivre ses travaux d'harmonisation et d'unification du droit commercial international. Ces travaux, a-t-il été dit, supposaient la participation la plus large possible des États aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de sorte que les normes qui en découlaient soient universellement acceptées. Il a été souligné que les intérêts particuliers des pays en développement devaient être pris en considération, afin qu'ils soient mieux représentés dans les travaux de la CNUDCI. En termes de perception, il importait également que les instruments uniformes de la CNUDCI soient considérés comme le fruit d'un consensus mondial fondé sur une représentation adéquate. On s'est inquiété de ce que la modification proposée n'aille à l'encontre de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale sur la création de la CNUDCI et de ses résolutions 2609 (XXIV) et 31/140, qui traitaient toutes de l'alternance des conférences de la CNUDCI. Compte tenu de ce qui précède, la Commission a exprimé son appui unanime au maintien de l'alternance actuelle de ses sessions.

338. Ayant à l'esprit la crise financière actuelle, la Commission est généralement convenue que, tout en évitant de supprimer l'alternance des sessions, il fallait faire le maximum pour trouver d'autres moyens de réaliser des économies équivalentes. En réponse à une question, la Commission a été informée que selon une estimation récente, le coût du service d'une réunion d'une semaine dans le cadre des services de conférence auxquels elle avait droit pour ses réunions ordinaires inscrites au calendrier ou celles de ses groupes de travail s'élevait à 132 654 dollars, que la réunion se tienne à New York ou à Vienne. Ce montant était à peu près le même que le coût annuel (137 100 dollars) des déplacements du personnel du Secrétariat se rendant à New York pour assurer le service des sessions de la CNUDCI ou de ses groupes de travail. La Commission a généralement estimé qu'une réduction d'une semaine par an des services de conférence auxquels elle avait droit, tout en perturbant son programme de travail, serait une solution de rechange acceptable par rapport à la suppression de l'alternance du lieu des sessions. Dans ce contexte, la Commission a noté qu'elle avait actuellement droit à 12 semaines de services de conférence par an pour les sessions de ses groupes de travail et à 3 semaines par an pour ses propres sessions, soit en tout 15 semaines par an. L'économie éventuelle supposerait que ce droit soit réduit de 15 à 14 semaines de réunion par an.

339. La Commission comprenait que la suppression de l'alternance du lieu des sessions aurait essentiellement le même effet sur le budget global de l'ONU que la suppression d'une semaine de services de conférence, mais ne serait pas reflétée de la même manière dans le budget du Bureau des affaires juridiques et en particulier du secrétariat de la CNUDCI. Il a été expliqué que les économies réalisées par la suppression d'une semaine de services de conférence seraient comptabilisées dans le budget du Département de l'Assemblée générale et de la gestion des conférences alors que celles réalisées par la suppression de l'alternance des réunions le seraient dans le budget du Bureau des affaires juridiques. On s'est inquiété de savoir si le lien entre l'économie proposée au budget du Département de l'Assemblée générale

et de la gestion des conférences et le fonctionnement de la CNUDCI serait suffisamment visible aux yeux de la Cinquième Commission de l'Assemblée générale pour que cette économie soit portée au crédit du Bureau des affaires juridiques. Plusieurs délégations se sont dites confiantes que la compensation entre les deux rubriques du budget ordinaire serait acceptable pour autant que des explications suffisantes soient fournies.

340. La Commission a décidé de proposer sa solution de remplacement à l'Assemblée générale. Elle a engagé les membres des délégations représentées à sa quarante-quatrième session à agir en étroite coordination avec les représentants de leurs délégations à la Cinquième Commission et à la Sixième Commission lorsque celles-ci examineraient la proposition et les raisons qui la sous-tendent. Il a été convenu que la Commission ne prendrait de décision définitive sur la date et le lieu de ses sessions et de celles de ses groupes de travail prévues en 2012 (voir par. 345, 349 et 350 ci-dessous) que lorsque l'Assemblée générale se serait prononcée sur la proposition du Secrétaire général et sa solution de remplacement, en principe en décembre 2011.

341. La Commission a procédé à un échange de vues sur d'autres moyens possibles de réaliser des économies dans le budget de son secrétariat. Une délégation a proposé de réduire le nombre de personnes se rendant à New York pour assurer le service des sessions. D'autres délégations estimaient qu'il fallait s'abstenir de toute microgestion et préserver la souplesse nécessaire à cet égard, certains projets pouvant exiger la participation d'une équipe plus nombreuse que d'autres. Il a également été proposé de tenir plusieurs sessions consécutives dont le service serait pratiquement assuré par les mêmes personnes. On s'est accordé à dire que cette solution pourrait être un objectif souhaitable, tout en soulignant certaines difficultés pratiques, notamment que les dates permettant de tenir des sessions consécutives n'étaient pas toujours disponibles, et que les membres du Secrétariat n'avaient pas une connaissance poussée des thèmes examinés par l'ensemble des groupes de travail, ce qui pourrait nuire à la qualité des services fonctionnels qu'ils fourniraient pendant les sessions. S'agissant de la possibilité de supprimer des postes au secrétariat de la CNUDCI, plusieurs délégations ont fermement fait savoir que cette possibilité ne devait pas être considérée comme une solution acceptable.

342. La Commission a également été invitée à réexaminer la fréquence à laquelle ses groupes de travail se réunissaient et s'il était souhaitable d'entreprendre de nouveaux projets. L'avis a été exprimé que les ressources du secrétariat de la CNUDCI étaient sollicitées à leur maximum pour assurer le service des six groupes de travail, ce qui augmentait le risque de nuire à la qualité des services fournis. La tenue d'une seule session par an au lieu des deux sessions traditionnelles (comme il en avait été décidé pour le Groupe de travail I à la session en cours (voir par. 184 ci-dessus)) et la suspension temporaire des activités d'un groupe de travail étaient considérées comme des options. Par exemple, il a été dit que la Commission pourrait décider à sa prochaine session de suspendre les travaux du Groupe de travail VI une fois qu'il aurait achevé son projet en cours. Des préoccupations ont toutefois été exprimées concernant une longue suspension des activités des groupes de travail, une inactivité prolongée risquant de susciter des doutes sur la capacité de la CNUDCI à maintenir son niveau élevé de compétence dans un domaine donné. On a cité à titre d'exemple le commerce électronique et le droit des transports.

343. Certaines délégations ont exprimé l'avis que compte tenu de l'insuffisance des ressources et des coupes budgétaires auxquelles faisait face le secrétariat de la CNUDCI, le moment était venu pour la Commission de se lancer dans une planification stratégique en examinant l'ensemble de ses programmes de travaux actuels et futurs et en concevant des moyens plus efficaces de les mettre en œuvre. On a estimé qu'il valait la peine d'examiner dans ce contexte des questions telles que la hiérarchisation des différents thèmes de travail, la fixation d'un délai clair pour l'achèvement d'un projet par un groupe de travail et la rationalisation des travaux de la Commission, en particulier du volume et du contenu de la documentation. Il a été proposé d'envisager de recourir plus fréquemment à des consultations informelles pour régler des questions controversées ainsi qu'à des groupes de rédaction pour finaliser les textes, comme cela avait été fait avec succès durant la session en cours en ce qui concerne la Loi type révisée sur les marchés publics, de manière à accélérer la prise de décisions lors des séances plénières de la Commission. Il fallait cependant rester prudent et il a été généralement convenu qu'aucune modification proposée ne devrait nuire à la souplesse des méthodes qui avaient fait la réussite et l'efficacité de la CNUDCI. À l'issue de la discussion, la Commission a prié le secrétariat d'établir pour sa prochaine session une note sur la planification stratégique, en proposant des solutions possibles et une évaluation de leurs incidences financières.

344. Plusieurs délégations se sont inquiétées de ce que la Commission ne disposait pas nécessairement de la totalité des informations financières pouvant avoir un impact décisif sur ses travaux et exiger de grandes décisions de sa part, notamment les documents existants contenant des propositions budgétaires.

B. Quarante-cinquième session de la Commission

345. La Commission a approuvé la tenue de sa quarante-cinquième session à New York du 18 juin au 6 juillet 2012 (ou à Vienne du 9 au 27 juillet 2012). Le Secrétariat a été prié d'envisager de réduire la durée de la session d'une semaine si la charge de travail attendue le justifiait.

C. Sessions des groupes de travail

346. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était convenue que: a) les groupes de travail se réuniraient normalement pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pouvait être accordé si nécessaire à un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser les 12 semaines de services de conférence auxquels avaient droit globalement les six groupes; et c) toute demande d'allongement de la durée des sessions à la suite de laquelle l'ensemble des groupes de travail aurait besoin de plus de 12 semaines de services de conférence devrait être revue par la Commission, et le groupe de travail devrait indiquer pourquoi un changement était nécessaire[64].

347. À sa session en cours, compte tenu des contraintes extraordinaires auxquelles son secrétariat et elle-même étaient soumis afin de réduire les dépenses inscrites au

---

[64] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 275.

budget ordinaire de l'exercice biennal 2012-2013, la Commission est convenue de réduire la somme des 12 semaines par an de services de conférence allouées pour les sessions des six groupes de travail et des 3 semaines par an de services de conférence allouées pour sa propre session, de sorte que cette somme ne dépasse pas 14 semaines de services de conférence au lieu des 15 semaines par an auxquelles elle a droit habituellement. Elle a souligné qu'elle acceptait cette réduction de l'utilisation des services de conférence à condition de continuer de disposer d'un lieu pour tenir ses sessions à New York avec des services complets de conférence assurés par son secrétariat conformément à la pratique établie (voir par. 338 à 340 ci-dessus).

348. Le Secrétariat a été prié d'envisager d'annuler des sessions de groupe de travail si les ressources et la charge de travail attendues le justifiaient.

1. Sessions des groupes de travail jusqu'à la quarante-cinquième session de la Commission

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

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa vingt et unième session à New York du 16 au 20 avril 2012 (ou à Vienne du 27 février au 2 mars 2012);

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-cinquième session à Vienne du 3 au 7 octobre 2011 et sa cinquante-sixième session à New York du 6 au 10 février 2012 (ou à Vienne du 30 janvier au 3 février 2012);

c) Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) tiendrait sa vingt-quatrième session à Vienne du 14 au 18 novembre 2011 et sa vingt-cinquième session à New York du 28 mai au 1er juin 2012 (ou à Vienne du 7 au 11 mai 2012);

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-cinquième session à Vienne du 10 au 14 octobre 2011 et sa quarante-sixième session à New York du 13 au 17 février 2012 (ou à Vienne du 9 au 13 janvier 2012);

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa quarantième session à Vienne du 31 octobre au 4 novembre 2011 et sa quarante et unième session à New York du 9 au 13 avril 2012 (ou à Vienne du 20 au 24 février 2012);

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa vingtième session à Vienne du 12 au 16 décembre 2011 et sa vingt et unième session à New York du 14 au 18 mai 2012 (ou à Vienne du 5 au 9 mars 2012).

2. Sessions des groupes de travail en 2012 après la quarante-cinquième session de la Commission

350. La Commission a noté que le calendrier provisoire suivant avait été établi pour les sessions que ses groupes de travail tiendraient en 2012 après sa quarante-cinquième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à cette session):

a) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-septième session à Vienne du 1er au 5 octobre 2012;

b) Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) tiendrait sa vingt-sixième session à Vienne du 10 au 14 décembre 2012;

c) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-septième session à Vienne du 3 au 7 décembre 2012;

d) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa quarante-deuxième session à Vienne du 26 au 30 novembre 2012;

e) Le Groupe de travail VI (Sûretés) devrait tenir sa vingt-deuxième session à Vienne du 5 au 9 novembre 2012, à moins qu'il n'ait terminé la mise en forme définitive d'un texte établi par la Commission à sa quarante-cinquième session, en 2012.

Annexe I

Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;

b) Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché;

d) Garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après:

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier

Champ d'application

La présente Loi s'applique à toutes les passations de marchés publics.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "monnaie" englobe les unités de compte monétaires;

b) Le terme "sollicitation directe" désigne une sollicitation adressée directement à un seul fournisseur ou entrepreneur ou à un nombre restreint de fournisseurs ou d'entrepreneurs mais non une sollicitation adressée à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs après une procédure de préqualification ou de présélection;

c) Le terme "passation d'un marché national" désigne une passation de marché limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8 de la présente Loi;

d) Le terme “enchère électronique inversée” désigne une technique d’achat en ligne et en temps réel que l’entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent au cours d’une période déterminée des offres de plus en plus basses faisant l’objet d’une évaluation automatique;

e) Le terme “procédure d’accord-cadre” désigne une procédure qui se déroule en deux étapes, la première étant la sélection du ou des fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, la deuxième étant l’attribution d’un marché au titre de l’accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l’accord:

i) Le terme “accord-cadre” désigne un accord conclu entre l’entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés à l’issue de la première étape de la procédure d’accord-cadre;

ii) Le terme “accord-cadre fermé” désigne un accord-cadre ne permettant pas à un fournisseur ou entrepreneur de se joindre ultérieurement aux parties initiales;

iii) Le terme “accord-cadre ouvert” désigne un accord-cadre permettant à un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs de se joindre ultérieurement aux parties initiales;

iv) Le terme “procédure d’accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape” désigne une procédure d’accord-cadre ouvert ou une procédure d’accord-cadre fermé avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs dans laquelle certaines conditions de la passation de marché qui ne peuvent être établies de façon suffisamment précise lors de la conclusion de l’accord doivent être établies ou précisées par une mise en concurrence lors d’une deuxième étape;

v) Le terme “procédure d’accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape” désigne une procédure d’accord-cadre fermé dans laquelle toutes les conditions de la passation de marché sont établies lors de la conclusion de l’accord.

f) Le terme “préqualification” désigne la procédure énoncée à l’article 18 de la présente Loi, qui vise à identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés;

g) Le terme “dossier de préqualification” désigne le dossier établi par l’entité adjudicatrice conformément à l’article 18 de la présente Loi et qui énonce les conditions de la procédure de préqualification;

h) Le terme “présélection” désigne la procédure énoncée au paragraphe 3 de l’article 49 de la présente Loi, qui vise à identifier, avant la sollicitation, un nombre limité de fournisseurs ou d’entrepreneurs qui répondent le mieux aux critères de qualification de la passation concernée.

i) Le terme “dossier de présélection” désigne le dossier établi par l’entité adjudicatrice conformément au paragraphe 3 de l’article 49 de la présente Loi et qui énonce les conditions de la procédure de présélection;

j) Le terme “passation de marché” ou “passation de marché public” désigne l’acquisition de biens, de travaux ou de services par une entité adjudicatrice;

k) Le terme “marché” désigne un ou plusieurs contrats conclus entre l’entité adjudicatrice et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs à l’issue de la procédure de passation de marché;

l) Le terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées” désigne une passation de marché pour laquelle les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État peuvent autoriser l’entité adjudicatrice à prendre des mesures et à imposer des prescriptions pour protéger ces informations;

m) Le terme “règlements en matière de passation des marchés” désigne les règlements adoptés conformément à l’article 4 de la présente Loi;

n) Le terme “entité adjudicatrice” désigne:

Option I

i) Tout ministère, organisme, organe ou autre service public, toute subdivision de l’un d’entre eux ou tout groupement de plusieurs d’entre eux, qui passe des marchés, sauf...; [et]

Option II

i) Tout ministère, organisme, organe ou autre service du [Gouvernement] [*autre terme utilisé pour désigner l’administration nationale de l’État adoptant*], toute subdivision de l’un d’entre eux ou tout groupement de plusieurs d’entre eux, qui passe des marchés, sauf...; [et]

ii) [*L’État adoptant peut ajouter au présent sous-alinéa et, si nécessaire, dans d’autres sous-alinéas ci-après, d’autres entités ou entreprises, ou catégories d’entités ou d’entreprises, à inclure dans la définition de l’“entité adjudicatrice*”];

o) Le terme “politiques socioéconomiques” désigne les politiques environnementales, sociales, économiques et autres du présent État dont les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État autorisent ou obligent l’entité adjudicatrice à tenir compte dans la procédure de passation de marché [*L’État adoptant peut développer le présent alinéa en fournissant une liste indicative de ces politiques*];

p) Le terme “sollicitation” désigne une invitation à soumettre des offres, à présenter des soumissions ou à participer à une procédure de demande de propositions ou à une enchère électronique inversée;

q) Le terme “dossier de sollicitation” désigne le dossier établi par l’entité adjudicatrice, y compris les modifications qui y sont apportées, dans lequel sont énoncées les conditions de la passation de marché concernée;

r) Le terme “délai d’attente” désigne la période commençant à l’expédition de l’avis visé au paragraphe 2 de l’article 22 de la présente Loi, pendant laquelle l’entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission retenue et les fournisseurs ou

entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi contre la décision communiquée;

s) Le terme “soumission (ou soumissions)” désigne de façon collective ou générique une offre, une proposition ou un prix ou plusieurs offres, propositions ou prix, y compris, selon le contexte, une soumission initiale ou indicative;

t) Le terme “fournisseur ou entrepreneur” désigne, selon le contexte, toute personne susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l’entité adjudicatrice ou y participant effectivement;

u) Le terme “garantie de soumission” désigne une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs et qui lui est donnée pour assurer l’exécution de toute obligation visée au paragraphe 1 f) de l’article 17 de la présente Loi. Il englobe des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d’une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, il ne désigne pas une garantie de bonne exécution du marché.

Article 3

Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein [du présent État]][65]

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née ou découlant de:

a) Tout traité ou autre forme d’accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États; [ou]

b) Tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement[,] [; ou]

[c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [*nom de l’État fédéral*] et une ou plusieurs subdivisions de [*nom de l’État fédéral*], ou entre deux de ces subdivisions ou plus,]

les dispositions du traité ou de l’accord prévalent. Toutefois, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4

Règlements en matière de passation des marchés

Le [*nom de l’organe ou de l’autorité habilité à promulguer les règlements en matière de passation des marchés*] est autorisé à promulguer des règlements en matière de passation des marchés aux fins d’atteindre les objectifs de la présente Loi et d’appliquer ses dispositions.

---

[65] Les passages entre crochets du présent article s’adressent aux États fédéraux.

Article 5

Publication des textes juridiques

1. La présente Loi, les règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d'application générale relatifs aux passations de marchés régies par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications dont ils font l'objet, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.

2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives aux passations de marchés régies par la présente Loi sont mises à la disposition du public.

Article 6

Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marchés prévus pour les mois ou les années à venir.

2. Les entités adjudicatrices peuvent également publier un préavis concernant la possibilité d'un marché futur.

3. La publication visée au présent article ne constitue pas une sollicitation, n'oblige pas l'entité adjudicatrice à engager une sollicitation et ne confère pas de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 7

Communications dans la passation des marchés

1. Les documents, notifications, décisions ou autres informations générés au cours d'une passation de marché et communiqués comme l'exige la présente Loi, notamment en rapport avec une procédure de contestation ou d'appel visée au chapitre VIII ou au cours d'une réunion, ou versés au procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément à l'article 25 de la présente Loi sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La sollicitation directe et la communication, entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice, des informations visées à l'article 16, au paragraphe 1 d) de l'article 17, aux paragraphes 6 et 9 de l'article 18, au paragraphe 2 a) de l'article 41, et aux paragraphes 2 à 4 de l'article 50 de la présente Loi, peuvent se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition qu'immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice spécifie:

a) Toute condition de forme;

b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, si elle juge qu'il y a lieu de le faire, les mesures et prescriptions nécessaires pour garantir la protection de ces informations au niveau requis;

c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur ou entrepreneur ou à toute personne, ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;

d) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature; et

e) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. L'entité adjudicatrice ne peut recourir qu'à des moyens de communication couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Dans toute réunion tenue avec les fournisseurs ou entrepreneurs, elle n'utilise que des moyens qui garantissent en outre que ceux-ci puissent participer pleinement et en direct à cette réunion.

5. L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées.

Article 8

Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter cette participation sur la base de la nationalité pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation du présent État.

2. À moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État, l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice déclare si cette participation est limitée conformément au présent article et pour quel motif. Cette déclaration ne peut être modifiée par la suite.

4. Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances motivant cette limitation.

5. L'entité adjudicatrice communique à toute personne qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché conformément au présent article.

Article 9

Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché.

2. Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée:

a) Avoir les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

b) Respecter les normes éthiques et autres applicables dans le présent État;

c) Avoir la capacité de contracter;

d) Ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

e) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans le présent État;

f) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution d'un marché, durant une période de ... ans [*l'État adoptant spécifie cette période*] précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion.

3. L'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché, sous réserve de leur droit de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets d'affaires, qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents lui permettant de s'assurer qu'ils sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2 du présent article.

4. Toute condition requise conformément au présent article est énoncée dans le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure autres que ceux prévus dans la présente Loi.

5. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

6. En dehors des critères, conditions ou procédures qu'elle peut imposer conformément à l'article 8 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable.

7. Nonobstant le paragraphe 6 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger l'authentification des pièces que le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir a produites pour justifier de ses qualifications aux fins de la passation du marché. Ce faisant, elle n'impose pas, pour cette authentification, de condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

8. a) L'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur ou entrepreneur si à quelque moment que ce soit elle constate que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses ou fallacieuses;

b) L'entité adjudicatrice peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si à quelque moment que ce soit elle constate que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions substantielles;

c) Sauf dans les cas auxquels s'applique l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non substantielles. Elle peut cependant le disqualifier s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions alors qu'elle le lui demande;

d) L'entité adjudicatrice peut demander à un fournisseur ou entrepreneur qui était préqualifié conformément à l'article 18 de la présente Loi de justifier à nouveau de ses qualifications suivant les mêmes critères que ceux utilisés pour sa préqualification. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne donne pas suite à cette demande. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de justifier à nouveau de ses qualifications si elle juge satisfaisantes ou non les justifications qu'il a produites.

Article 10

Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

1. a) Le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, contient une description de l'objet du marché;

b) L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description détaillée de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées.

2. En dehors des critères, conditions ou procédures que l'entité adjudicatrice peut imposer conformément à l'article 8 de la présente Loi, ni le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, ni le dossier de sollicitation ne doivent contenir ou utiliser de description de l'objet du marché susceptible de

restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité.

3. La description de l'objet du marché peut inclure les éléments suivants: spécifications, plans, dessins, modèles, exigences, essais et méthodes d'essai, emballage, marquage ou étiquetage ou certificats de conformité, ainsi que symboles et terminologie.

4. Dans la mesure où cela est possible, la description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique. Elle énonce les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance pertinentes de cet objet. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marque de fabrique ou de commerce, de nom commercial, de brevet, de dessin ou modèle, de type, d'origine ni de producteur déterminé, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition d'y adjoindre une formule telle que "ou l'équivalent".

5. a) Pour la formulation de la description de l'objet du marché, le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance dudit objet;

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés et des conditions normalisées, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions de la passation de marché et du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation et pour la formulation d'autres aspects pertinents du dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et du dossier de sollicitation.

Article 11

Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

1. À l'exception des critères énoncés au paragraphe 3 du présent article, les critères d'évaluation ont un lien avec l'objet du marché.

2. Les critères d'évaluation concernant l'objet du marché peuvent comprendre:

a) Le prix;

b) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux; le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services; les caractéristiques de l'objet du marché, telles que les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux et les caractéristiques environnementales de l'objet; et les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché;

c) Lorsque cela est pertinent pour un marché passé conformément aux articles 47, 49 et 50 de la présente Loi, l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et managériales du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel devant participer à la fourniture de l'objet du marché.

3. Outre les critères énoncés au paragraphe 2 du présent article, les critères d'évaluation peuvent comprendre:

a) Tout critère dont les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État autorisent ou exigent la prise en compte;

b) Une marge de préférence accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement ou toute autre préférence, si elle est autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés.

4. Dans la mesure où cela est faisable, tous les critères d'évaluation autres que le prix sont objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires.

5. L'entité adjudicatrice mentionne dans le dossier de sollicitation:

a) Si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères;

b) Tous les critères d'évaluation établis conformément au présent article, y compris le prix tel que modifié par toute préférence;

c) Les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation, sauf si la passation de marché est menée en conformité avec l'article 49 de la présente Loi, auquel cas l'entité adjudicatrice peut énumérer tous les critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance;

d) Les modalités d'application des critères dans la procédure d'évaluation.

6. Pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Il ne peut être utilisé de critère ou de procédure qui n'ait pas été énoncé conformément à la présente disposition.

Article 12

Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

1. Une entité adjudicatrice ne peut ni fractionner un marché ni utiliser une méthode d'évaluation particulière pour estimer la valeur d'un marché dans le but de limiter la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la présente Loi.

2. Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, l'entité adjudicatrice inclut la valeur totale maximale estimée du marché ou de l'ensemble des marchés envisagés au titre d'un accord-cadre sur toute sa durée, en tenant compte de toutes les formes de rémunération.

Article 13

Règles concernant la langue des documents

1. Le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... [*l'État adoptant spécifie sa ou ses langues*

officielles] [et dans une langue d'usage courant dans le commerce international à moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement dans les circonstances visées au paragraphe 4 de l'article 33 de la présente Loi].

2. Les demandes de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans la langue du dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et du dossier de sollicitation, respectivement, ou dans toute autre langue autorisée par ces documents.

Article 14

Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions

1. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou de présélection sont indiqués dans l'invitation à participer à la préqualification ou à la présélection et dans le dossier de préqualification ou de présélection, selon le cas. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions sont indiqués dans le dossier de sollicitation.

2. La date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions est exprimée sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse aux fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment de temps pour établir et présenter leur demande ou leur soumission, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

3. En cas de clarification ou de modification du dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation, l'entité adjudicatrice, avant la date limite applicable de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions, reporte cette date si nécessaire ou comme l'exige le paragraphe 3 de l'article 15 de la présente Loi, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs aient suffisamment de temps pour tenir compte de cette clarification ou modification dans leur demande ou leur soumission.

4. Si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur demande de préqualification, leur demande de présélection ou leur soumission à la date limite initialement fixée, l'entité adjudicatrice a toute latitude pour décider avant cette date de reporter celle-ci.

5. Tout report de la date limite est promptement notifié à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation.

Article 15

Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à l'entité adjudicatrice des éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des soumissions. Elle donne sa réponse dans un délai permettant au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa soumission en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande,

communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.

2. À tout moment avant la date limite de présentation des soumissions, l'entité adjudicatrice peut, pour tout motif, de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissements émanant d'un fournisseur ou entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation par voie d'additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation et s'impose à eux.

3. Si, à la suite d'une clarification ou d'une modification apportée conformément au présent article, les informations qu'elle avait publiées en sollicitant pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent substantiellement inexactes, l'entité adjudicatrice fait publier les informations modifiées de la même manière et au même endroit que les informations originales et reporte la date limite de présentation des soumissions comme le prévoit le paragraphe 3 de l'article 14 de la présente Loi.

4. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique, sans en préciser l'origine, les demandes d'éclaircissements qui ont été présentées concernant le dossier de sollicitation et les réponses qu'elle y a apportées. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour préparer leur soumission.

Article 16

Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions

1. À tous les stades de la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice peut prier le fournisseur ou l'entrepreneur de donner des éclaircissements sur les informations concernant ses qualifications ou sur ses soumissions afin de faciliter la vérification des qualifications ou l'examen et l'évaluation des soumissions.

2. L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen des soumissions. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté la soumission concernée.

3. Aucune modification de fond des informations concernant les qualifications ou d'une soumission, et notamment aucune modification visant à qualifier un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou à rendre conforme une soumission non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée.

4. Aucune négociation ne peut avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet des informations concernant les qualifications ou au sujet des soumissions, ni aucune modification ne peut être apportée au prix, à la suite d'une demande d'éclaircissements en vertu du présent article.

5. Le paragraphe 4 du présent article ne s'applique pas aux propositions soumises en vertu des articles 49, 50, 51 et 52 de la présente Loi.

6. Toutes les communications découlant de l'application du présent article sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

Article 17

Garanties de soumission

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs présentant une soumission:

a) Cette exigence s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut exiger que l'émetteur et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie de soumission, de même que la forme et les conditions de la garantie, soient agréés par l'entité adjudicatrice. En cas de passation d'un marché national, il peut exiger en outre que la garantie soit émise par un émetteur du présent État;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter une garantie de soumission au motif que celle-ci n'a pas été émise par un émetteur du présent État lorsque la garantie et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation, sauf si, en acceptant la garantie, elle viole une loi du présent État;

d) Avant de présenter une soumission, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice la confirmation que l'émetteur ou, le cas échéant, le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises pour être agréé; l'entité adjudicatrice répond promptement à cette demande;

e) Ladite confirmation n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou n'est plus en mesure d'honorer ses obligations financières;

f) L'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation toutes les exigences concernant l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission requise. Toute exigence se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la soumission ne peut concerner que:

i) Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;

ii) Le défaut de signature d'un marché alors que la signature est exigée par le dossier de sollicitation; et

iii) Le défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du marché après l'acceptation de la soumission à retenir ou le manquement à toute autre condition préalable à la signature du marché spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne ou fait retourner promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants:

a) L'expiration de la garantie de soumission;

b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;

c) L'abandon de la passation de marché;

d) Le retrait d'une soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que le dossier de sollicitation n'interdise un tel retrait.

Article 18

Procédure de préqualification

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à une procédure de préqualification pour identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 9 de la présente Loi s'appliquent à cette procédure.

2. Si l'entité adjudicatrice recourt à une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés. À moins qu'elle n'en décide autrement dans les circonstances visées au paragraphe 4 de l'article 33 de la présente Loi, elle publie l'invitation également au niveau international, de sorte que celle-ci soit largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux.

3. L'invitation à participer à la préqualification comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'achèvement des travaux ou la fourniture des services;

c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

d) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les modalités et le lieu d'obtention du dossier de préqualification;

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour le dossier de préqualification et, après la préqualification, pour le dossier de sollicitation;

g) Si un prix est demandé, les modalités de paiement du dossier de préqualification et, après la préqualification, du dossier de sollicitation, ainsi que la monnaie de paiement;

h) La ou les langues dans lesquelles le dossier de préqualification et, après la préqualification, le dossier de sollicitation sont disponibles;

i) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification et, s'ils sont déjà connus, le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions, conformément à l'article 14 de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice fournit un exemplaire du dossier de préqualification à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à participer à la procédure de préqualification et qui en acquitte le prix

demandé, le cas échéant. Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

5. Le dossier de préqualification comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des demandes de préqualification;

b) Les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications;

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de préqualification, sans l'intervention d'un intermédiaire;

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de préqualification, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

e) Toutes autres exigences que l'entité adjudicatrice peut formuler conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des demandes de préqualification et la procédure de préqualification.

6. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements sur le dossier de préqualification qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des demandes de préqualification. Elle donne sa réponse dans un délai permettant au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa demande de préqualification en temps voulu. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de préqualification.

7. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une demande de préqualification. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à participer à la préqualification et dans le dossier de préqualification.

8. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

9. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une demande de préqualification s'il est ou non préqualifié. Elle communique également à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

10. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de cette décision.

Article 19

Abandon de la passation de marché

1. L'entité adjudicatrice peut abandonner la passation de marché à tout moment avant l'acceptation de la soumission à retenir et, une fois celle-ci acceptée, dans les circonstances visées au paragraphe 8 de l'article 22 de la présente Loi. Une fois qu'elle a pris la décision d'abandonner la passation de marché, elle n'ouvre plus aucune offre ni aucune proposition.

2. La décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission. L'entité adjudicatrice publie en outre promptement un avis d'abandon de la passation de marché de la même manière et au même endroit qu'ont été publiées les informations originales concernant la procédure de passation de marché, et renvoie les offres ou propositions qui ne sont pas ouvertes au moment de la décision aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont présentées.

3. À moins que l'abandon de la passation de marché ne résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part, l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission au seul motif qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

Article 20

Rejet des soumissions anormalement basses

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle conclut que le prix, compte tenu des autres éléments composant la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission d'exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur la soumission suscitant ces craintes; et

b) Qu'elle ait pris en compte toute information communiquée par le fournisseur ou l'entrepreneur en réponse à sa demande et les informations contenues dans la soumission, mais qu'elle continue sur la base de toutes ces informations d'entretenir des craintes.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision ainsi que toutes les communications échangées avec les fournisseurs ou entrepreneurs en vertu du présent article sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché. La décision de l'entité adjudicatrice et les raisons de cette décision sont promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 21

Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

1. L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché:

a) S'il propose, fournit ou convient de fournir directement ou indirectement à tout administrateur ou employé actuel ou ancien de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice liés à la procédure de passation de marché; ou

b) S'il a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts en violation des dispositions de la législation du présent État.

2. Toute décision de l'entité adjudicatrice d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché en application du présent article et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 22

Acceptation de la soumission retenue et entrée en vigueur du marché

1. L'entité adjudicatrice accepte la soumission retenue à moins que:

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur l'ayant présentée ne soit disqualifié en application de l'article 9 de la présente Loi; ou

b) La passation de marché ne soit abandonnée en application du paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi; ou

c) La soumission retenue à l'issue de l'évaluation ne soit rejetée comme anormalement basse en application de l'article 20 de la présente Loi; ou

d) Le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté la soumission retenue ne soit exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs spécifiés à l'article 21 de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice avise promptement chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission de sa décision d'accepter la soumission retenue à la fin du délai d'attente. L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission retenue;

b) Le prix du marché ou, si la soumission a été retenue sur la base du prix et d'autres critères, le prix du marché et un résumé des autres caractéristiques et avantages relatifs de cette soumission; et

c) La durée du délai d'attente prévue dans le dossier de sollicitation conformément aux exigences des règlements en matière de passation des marchés.

Le délai d'attente court à partir de la date à laquelle l'avis a été expédié, conformément au présent paragraphe, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission.

3. Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas à l'attribution des marchés dans les cas suivants:

a) Dans une procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape;

b) Lorsque le prix du marché est inférieur au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation de marchés; ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice décide que des considérations urgentes d'intérêt général exigent de poursuivre la passation de marché sans délai d'attente. La décision de l'entité adjudicatrice concluant à l'existence de telles considérations et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

4. À l'expiration du délai d'attente ou, si elle n'applique pas de délai d'attente, dès qu'elle a déterminé quelle est la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice expédie l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée, à moins que [*nom du ou des tribunaux*] ou [*nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant*] n'en décide autrement.

5. À moins qu'un contrat écrit ou l'approbation d'une autre autorité ne soient exigés, un marché conforme aux conditions de la soumission retenue entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il soit expédié pendant la durée de validité de la soumission.

6. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un contrat écrit conforme aux conditions de ladite soumission, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) L'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le contrat dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation a été expédié à ce dernier;

b) À moins que le dossier de sollicitation n'exige l'approbation du marché par une autre autorité, ledit marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment de l'expédition de l'avis d'acceptation et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

7. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le marché soit approuvé par une autre autorité, celui-ci n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation donne une estimation du délai nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation. La non-obtention de l'approbation dans ce délai n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ni de la période de validité de la garantie de soumission requise en application de l'article 17 de la présente Loi, à moins que celle-ci ne soit prorogée en vertu des dispositions de la présente loi.

8. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas de contrat écrit comme il le doit, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation de marché soit décider de sélectionner, parmi les soumissions restant valables, la soumission à retenir suivante conformément aux critères et procédures énoncés dans la présente Loi et dans le dossier de sollicitation. Dans le dernier cas, les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* à cette soumission.

9. Les avis mentionnés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont promptement et dûment adressés ou de toute autre manière envoyés et transmis au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par tout moyen fiable spécifié conformément à l'article 7 de la présente Loi.

10. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué promptement aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 23

Publication de l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre

1. Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, dans lequel elle indique le nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le marché ou l'accord-cadre a été attribué et, s'agissant du marché, le prix de ce dernier.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont le prix est inférieur au seuil indiqué dans la réglementation relative à la passation des marchés. L'entité adjudicatrice publie périodiquement, au moins une fois par an, un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. Les règlements en matière de passation des marchés indiquent les modalités de publication des avis mentionnés dans le présent article.

Article 24

Confidentialité

1. Dans ses communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs ou avec toute personne, l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la non-divulgation est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale, à moins que [*nom du ou des tribunaux*] ou [*nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant*] ne lui ordonne de divulguer cette information et, dans ce cas, sous réserve des conditions d'une telle ordonnance.

2. Sauf lorsqu'elle fournit ou publie des informations en application des paragraphes 2 et 10 de l'article 22 et des articles 23, 25 et 42 de la présente Loi,

l'entité adjudicatrice traite les demandes de préqualification ou de présélection et les soumissions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou à toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations.

3. Les discussions, les communications, les négociations ou le dialogue ayant lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur conformément au paragraphe 3 de l'article 48 et aux articles 49 à 52 de la présente Loi sont confidentiels. Sauf si la législation l'exige ou [*nom du ou des tribunaux*] ou [*nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant*] l'ordonne, aucune partie aux discussions, aux communications, aux négociations ou au dialogue ne divulgue à quiconque des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant ces discussions, ces communications, ces négociations ou ce dialogue sans le consentement de l'autre partie.

4. Sous réserve des exigences du paragraphe 1 du présent article, dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, l'entité adjudicatrice peut:

a) Imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger ces informations; et

b) Demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de s'assurer que leurs sous-traitants respectent les exigences visant à protéger ces informations.

Article 25

Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

1. L'entité adjudicatrice tient un procès-verbal de la procédure de passation de marché qui contient les renseignements suivants:

a) Une brève description de l'objet du marché;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission et le nom et l'adresse du ou des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels le marché est conclu et le prix de ce dernier (et, dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, ainsi que le nom et l'adresse du ou des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels l'accord-cadre est conclu);

c) Un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour décider des moyens de communication et de toute condition de forme;

d) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8 de la présente Loi, limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour imposer cette limite;

e) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette autre méthode;

f) En cas de passation de marché effectuée par voie d'enchère électronique inversée ou dans laquelle une enchère électronique inversée précède l'attribution du marché, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice

s'est fondée pour recourir à cette enchère et des informations concernant la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère;

g) En cas de procédure d'accord-cadre, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le recours à cette procédure et le type d'accord-cadre choisi;

h) Si elle décide d'abandonner la passation de marché conformément au paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi, une déclaration à cet effet et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour prendre cette décision;

i) Si des politiques socioéconomiques ont été prises en considération dans la procédure de passation de marché, des précisions sur ces politiques et la manière dont elles ont été appliquées;

j) Si elle a décidé de n'appliquer aucun délai d'attente, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre cette décision;

k) En cas de procédure de contestation ou d'appel engagée en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, une copie de la demande de réexamen ou de la demande en révision et de l'appel, selon le cas, et de toutes les décisions prises dans l'une ou l'autre procédure, ou les deux, ainsi que des motifs de ces décisions;

l) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, ou le dossier de sollicitation, et des réponses à ces demandes, ainsi que de toute modification de ces dossiers;

m) Des renseignements sur les qualifications ou l'insuffisance des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté des demandes de préqualification ou de présélection, le cas échéant, ou des soumissions;

n) Si une soumission est rejetée conformément à l'article 20 de la présente Loi, une déclaration à cet effet et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre sa décision;

o) Si un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché conformément à l'article 21 de la présente Loi, une déclaration à cet effet et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre sa décision;

p) Une copie de l'avis du délai d'attente donné conformément au paragraphe 2 de l'article 22 de la présente Loi;

q) Si la procédure de passation de marché a abouti à l'attribution d'un marché en application du paragraphe 8 de l'article 22 de la présente Loi, une déclaration motivée à cet effet;

r) Le prix et les autres conditions principales du marché; lorsqu'il a été conclu par écrit, une copie du contrat. (Dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, également un résumé des principales conditions de l'accord-cadre ou une copie de tout accord-cadre écrit qui a été conclu);

s) Pour chaque soumission, le prix et un résumé des autres conditions principales;

t) Un résumé de l'évaluation des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément au paragraphe 3 b) de l'article 11 de la présente Loi, et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le rejet d'une offre présentée au cours de l'enchère;

u) Lorsque des exceptions à la divulgation d'informations sont invoquées en vertu du paragraphe 1 de l'article 24 ou en vertu de l'article 69 de la présente Loi, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour invoquer de telles exceptions;

v) Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, toute exigence imposée aux fournisseurs ou entrepreneurs pour protéger ces informations, conformément au paragraphe 4 de l'article 24 de la présente Loi; et

w) Les autres renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi ou des règlements en matière de passation des marchés.

2. La partie du procès-verbal visée aux alinéas a) à k) du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après que la soumission à retenir a été acceptée ou après que la passation de marché a été abandonnée.

3. Sous réserve du paragraphe 4 du présent article ou sauf si elle est divulguée conformément au paragraphe 3 de l'article 42 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) du paragraphe 1 du présent article est communiquée sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission retenue.

4. Sauf si [*nom du ou des tribunaux*] ou [*nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant*] l'ordonne, et sous réserve des conditions d'une telle ordonnance, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

a) Aucune information du procès-verbal de la procédure de passation de marché dont la non-divulgation est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale;

b) Aucune information relative à l'examen et à l'évaluation des soumissions, à l'exception du résumé visé à l'alinéa t) du paragraphe 1 du présent article.

5. L'entité adjudicatrice enregistre, archive et conserve tous les documents relatifs à la procédure de passation de marché conformément aux règlements en matière de passation des marchés ou à d'autres dispositions de la législation du présent État.

Article 26

Code de conduite

Un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices est adopté. Il traite, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans la passation des marchés et, s'il y a lieu, des mesures destinées à réglementer les questions touchant le personnel chargé de la passation de marché, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés, des procédures de sélection de ce personnel et des exigences en matière de formation. Le code de conduite ainsi adopté est promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour.

Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes; sollicitation et avis de passation de marché

Section I. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes

Article 27

Méthodes de passation des marchés[66]

1. L'entité adjudicatrice peut passer un marché en recourant aux méthodes suivantes:

a) Appel d'offres ouvert;

b) Appel d'offres restreint;

c) Demande de prix;

d) Demande de propositions sans négociation;

e) Appel d'offres en deux étapes;

f) Demande de propositions avec dialogue;

g) Demande de propositions avec négociations consécutives;

h) Négociations avec appel à la concurrence;

i) Enchère électronique inversée; et

j) Sollicitation d'une source unique.

2. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément aux dispositions du chapitre VII de la présente Loi.

---

[66] Les États pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article, mais il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert. Sur cette question, voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/...). Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation d'une autorité supérieure désignée. Sur cette question, voir le Guide pour l'incorporation.

Article 28

Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. Sauf disposition contraire des articles 29 à 31 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.

2. L'entité adjudicatrice ne peut recourir à une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert que dans les conditions prévues aux articles 29 à 31 de la présente Loi. Elle choisit la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée et s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible.

3. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert, elle indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode.

Article 29

Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres restreint conformément à l'article 45 de la présente Loi lorsque:

a) L'objet du marché, de par sa nature hautement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou

b) Le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de prix conformément à l'article 46 de la présente Loi pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition que la valeur estimée du marché à passer soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

3. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions sans négociation conformément à l'article 47 de la présente Loi quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions.

Article 30

Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 48 de la présente Loi lorsque:

a) Elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour préciser des aspects de la description de l'objet du marché et les formuler avec le niveau de détail requis à l'article 10 de la présente Loi et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins; ou

b) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché en application du paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché.

2. [Sous réserve d'approbation par [*nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation*]][67], l'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 49 de la présente Loi lorsque:

a) Elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article 10 de la présente Loi et estime qu'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins;

b) Elle souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) Elle conclut que la méthode choisie est, pour la passation de marché, celle qui convient le mieux à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État; ou

d) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché conformément au paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché.

3. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec négociations consécutives conformément à l'article 50 de la présente Loi quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions, et estime que des négociations consécutives avec les fournisseurs ou

---

[67] L'État adoptant peut envisager d'adopter les dispositions figurant entre crochets s'il souhaite soumettre le recours à cette méthode de passation à une mesure de contrôle *ex ante*.

entrepreneurs sont nécessaires pour faire en sorte que les conditions financières du marché lui soient acceptables.

4. L'entité adjudicatrice peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence conformément à l'article 51 de la présente Loi dans les circonstances suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché est nécessaire d'urgence et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause des délais qui en découleraient, à condition qu'elle n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'urgence et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause des délais qui en découleraient; ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à une autre méthode de passation de marché avec mise en concurrence ne convient pas à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

5. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément à l'article 52 de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou lorsqu'un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait donc impossible d'utiliser une autre méthode de passation;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'extrême urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à une autre méthode de passation de marché à cause des délais qui en découleraient;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'absence d'alternative convenable aux biens ou services en question;

d) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État; ou

e) [Sous réserve d'approbation par [*nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation*], et] après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique du présent État, à condition qu'il soit

impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

Article 31

Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à une enchère électronique inversée conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Loi dans les conditions suivantes:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler une description détaillée de l'objet du marché;

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; et

c) Lorsque les critères qu'elle utilisera pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.

2. L'entité adjudicatrice peut utiliser une enchère électronique inversée comme étape précédant l'attribution du marché dans une méthode de passation selon qu'il convient conformément aux dispositions de la présente Loi. Elle peut également recourir à une enchère électronique inversée pour l'attribution d'un marché dans une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape conformément aux dispositions de la présente Loi. Elle ne peut recourir à une enchère électronique inversée en vertu du présent paragraphe que si les conditions énoncées au paragraphe 1 c) du présent article sont respectées.

Article 32

Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

1. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au chapitre VII de la présente Loi lorsqu'elle estime que:

a) L'objet du marché devrait être nécessaire de manière indéterminée ou répétée au cours d'une période donnée; ou

b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente au cours d'une période donnée.

2. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi.

Section II. Sollicitation et avis de passation de marché

Article 33

Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée

1. L'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou à l'enchère électronique inversée visée à l'article 53 de la présente Loi est

publiée dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés.

2. L'invitation est également publiée au niveau international, de manière à être largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque l'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 18 de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de faire publier l'invitation visée au paragraphe 2 du présent article lorsqu'il s'agit d'un marché national ou d'une procédure de passation pour laquelle elle conclut que, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions.

Article 34

Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique: exigence d'un avis préalable de passation de marché

1. a) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées au paragraphe 1 a) de l'article 29 de la présente Loi, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées au paragraphe 1 b) de l'article 29 de la présente Loi, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à la demande de prix conformément au paragraphe 2 de l'article 29 de la présente Loi, elle demande des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois.

3. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à des négociations avec appel à la concurrence conformément au paragraphe 4 de l'article 30 de la présente Loi, elle engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

4. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à la sollicitation d'une source unique conformément au paragraphe 5 de l'article 30 de la présente Loi, elle sollicite une proposition ou un prix d'un seul fournisseur ou entrepreneur.

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés. L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des

travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'achèvement des travaux ou la fourniture des services;

c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et

d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 du présent article ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence visées aux paragraphes 4 a), 4 b) et 5 b) de l'article 30 de la présente Loi.

Article 35

Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions

1. L'invitation à participer à la procédure de demande de propositions est publiée conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 33 de la présente Loi, sauf lorsque:

a) L'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 18 de la présente Loi ou une procédure de présélection conformément au paragraphe 3 de l'article 49 de la présente Loi;

b) L'entité adjudicatrice recourt à la sollicitation directe dans les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article; ou

c) L'entité adjudicatrice décide de ne pas faire publier l'invitation conformément au paragraphe 2 de l'article 33 de la présente Loi dans les circonstances visées au paragraphe 4 de l'article 33 de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions si:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition de solliciter des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps et les frais nécessaires pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective et sélectionne d'une manière non discriminatoire les fournisseurs ou entrepreneurs dont elle sollicite des propositions; ou

c) La passation de marché met en jeu des informations classifiées, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

3. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

4. L'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché conformément aux prescriptions du paragraphe 5 de l'article 34 de la présente Loi

lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

Chapitre III. Appel d'offres ouvert

Section I. Sollicitation des offres

Article 36

Procédures de sollicitation des offres

L'entité adjudicatrice sollicite des offres en faisant publier une invitation à soumettre une offre conformément aux dispositions de l'article 33 de la présente Loi.

Article 37

Teneur de l'invitation à soumettre une offre

L'invitation à soumettre une offre comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'achèvement des travaux ou la fourniture des services;

c) Un résumé des critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et des pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

d) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les modalités et le lieu d'obtention du dossier de sollicitation;

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour le dossier de sollicitation;

g) Si un prix est demandé pour le dossier de sollicitation, les modalités et la monnaie de paiement;

h) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;

i) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres.

Article 38

Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation à soumettre une offre conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées. Si une procédure de préqualification a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou

entrepreneur préqualifié qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 39

Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement des offres;

b) Les critères et procédures visés aux dispositions de l'article 9 de la présente Loi qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et pour confirmer les qualifications en application du paragraphe 5 de l'article 43 de la présente Loi;

c) Les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications;

d) Une description détaillée de l'objet du marché, conformément à l'article 10 de la présente Loi; la quantité de biens; les services à exécuter; le lieu où les biens doivent être livrés, les travaux effectués ou les services fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la livraison des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;

e) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, la formule de contrat à signer par les parties;

f) Si des variantes sont autorisées par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées;

g) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être présentées;

h) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

j) La ou les langues, conformément à l'article 13 de la présente Loi, dans lesquelles les offres doivent être établies;

k) Toute exigence de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs présentant des offres conformément à l'article 17 de la présente Loi, et toute exigence similaire concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux;

l) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

m) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres, conformément à l'article 14 de la présente Loi;

n) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs à ce stade;

o) La période de validité des offres, conformément à l'article 41 de la présente Loi;

p) Le mode, le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 42 de la présente Loi;

q) Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché;

r) Les critères et la procédure d'évaluation des offres, conformément à l'article 11 de la présente Loi;

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des offres en application du paragraphe 4 de l'article 43 de la présente Loi, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des offres dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné et en vigueur à une date donnée;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) Une mention indiquant que l'article 64 de la présente Loi confère aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

w) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée l'offre à retenir, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un contrat écrit et l'approbation par une autre autorité, en application de l'article 22 de la présente Loi, ainsi qu'une estimation du délai nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

x) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

Section II. Présentation des offres

Article 40

Présentation des offres

1. Les offres sont présentées selon le mode, au lieu et avant la date limite spécifiés dans le dossier de sollicitation.

2. a) Les offres sont présentées par écrit, signées et:

i) Si elles sont sur papier, placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation, qui assurent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;

b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue;

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné que lorsqu'elles ont été ouvertes conformément à la présente Loi.

3. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de présentation des offres n'est pas ouverte et est renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée.

Article 41

Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valables pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission;

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait

prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de présentation des offres.

Section III. Évaluation des offres

Article 42

Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres. Elles sont ouvertes au lieu et selon le mode et les procédures spécifiés dans le dossier de sollicitation.

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres, ou leurs représentants, sont autorisés par l'entité adjudicatrice à participer à l'ouverture des offres.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumis, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et inscrits immédiatement au procès-verbal de la procédure de passation de marché visé à l'article 25 de la présente Loi.

Article 43

Examen et évaluation des offres

1. a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice considère qu'une offre est conforme si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 10 de la présente Loi;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer qu'une offre est conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres exigences énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou omissions qui peuvent être corrigées sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation des offres.

2. L'entité adjudicatrice rejette une offre:

a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application de l'article 16 de la présente Loi;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées à l'article 20 ou 21 de la présente Loi.

3. a) L'entité adjudicatrice évalue les offres qui n'ont pas été rejetées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation. Il ne peut être utilisé aucun critère ou aucune procédure ne figurant pas dans le dossier de sollicitation;

b) L'offre à retenir est:

i) Lorsque le prix est le seul critère d'attribution, l'offre au prix le plus bas; ou

ii) Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, l'offre jugée la plus avantageuse sur la base des critères et procédures d'évaluation des offres spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi.

4. Lorsque les prix soumis sont exprimés dans deux monnaies ou plus, aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la monnaie indiquée dans le dossier de sollicitation, au taux indiqué en application de l'alinéa s) de l'article 39 de la présente Loi.

5. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article 18 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice peut prier le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre qu'elle considère comme l'offre à retenir conformément au paragraphe 3 b) du présent article, de confirmer ses qualifications selon les critères et procédures visés aux dispositions de l'article 9 de la présente Loi. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de préqualification a été ouverte, les critères sont les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

6. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 5 du présent article mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et retient la suivante des offres restant valables, conformément au paragraphe 3 du présent article, étant entendu qu'elle se réserve le droit d'abandonner la passation de marché conformément au paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi.

Article 44

Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre qu'il a présentée.

Chapitre IV. Procédures concernant l'appel d'offres restreint, la demande de prix et la demande de propositions sans négociation

Article 45

Appel d'offres restreint

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 5 de l'article 34 de la présente Loi.

2. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception des articles 36 à 38, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint.

Article 46

Demande de prix

1. L'entité adjudicatrice demande des prix conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 34 de la présente Loi. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est informé si des éléments autres que le coût de l'objet du marché lui-même, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur est autorisé à donner un seul prix, qu'il n'est pas autorisé à modifier. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix qu'il a donné.

3. Le prix à retenir est le prix le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix.

Article 47

Demande de propositions sans négociation

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation conformément au paragraphe 1 de l'article 35 de la présente Loi, à moins que ne s'applique une exception prévue dans cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description détaillée de l'objet du marché, conformément à l'article 10 de la présente Loi, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, la formule de contrat à signer par les parties;

d) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

e) Les critères et procédures d'ouverture, d'examen et d'évaluation des propositions visés aux articles 10 et 11 de la présente Loi, y compris les exigences minimales concernant les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance auxquelles elles doivent satisfaire pour être jugées conformes au sens de l'article 10 de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

f) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

g) Les modalités et le lieu d'obtention de la demande de propositions;

h) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions;

i) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement;

j) La ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible;

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation a été publiée conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 35 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur répondant à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 18 de la présente Loi;

c) En cas de sollicitation directe en vertu du paragraphe 2 de l'article 35, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné par l'entité adjudicatrice;

pour autant qu'il ait acquitté le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Ce prix ne dépassera pas le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs.

4. Outre les renseignements mentionnés aux alinéas a) à e) et k) du paragraphe 2 du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions, priant notamment les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de la proposition et l'autre ses aspects financiers;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé et exprimé, la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné et en vigueur à une date donnée;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché lui-même, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une mention indiquant si l'entité

adjudicatrice a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs à ce stade;

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

g) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché sans l'intervention d'un intermédiaire;

h) Une mention indiquant que l'article 64 de la présente Loi confère aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

i) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée la proposition retenue, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un contrat écrit, et l'approbation par une autre autorité en application de l'article 22 de la présente Loi, ainsi qu'une estimation du délai nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

j) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché.

5. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions, l'entité adjudicatrice examine et évalue les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.

6. Les résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques, qualitatives et de performance des propositions sont immédiatement consignés au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

7. Les propositions dont les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance ne répondent pas aux exigences minimales sont considérées comme non conformes et rejetées pour ce motif. L'avis motivé de rejet, accompagné de l'enveloppe non ouverte contenant les aspects financiers de la proposition, est promptement expédié à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

8. Les propositions dont les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance répondent aux exigences minimales ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de cette

dernière. Elle invite tous ces fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leurs propositions.

9. Il est donné lecture de la note attribuée aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de chaque proposition conforme et des aspects financiers correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 8 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions.

10. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois: a) des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions; et b) du prix.

Chapitre V. Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique

Article 48

Appel d'offres en deux étapes

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Le dossier de sollicitation exige des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils présentent, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions sans indication de prix. Il peut solliciter des propositions tant sur les caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché que sur les conditions contractuelles de sa fourniture et, s'il y a lieu, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre initiale n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre initiale. Lorsqu'elle engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions.

4. a) Durant la deuxième étape, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre initiale n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive, accompagnée d'un prix, sur la base des conditions révisées de la passation de marché;

b) Lorsqu'elle révise les conditions applicables à la passation de marché, elle ne peut modifier l'objet du marché mais peut préciser des aspects de la description de ce dernier:

i) En supprimant ou modifiant tout aspect des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché énoncées initialement, et en ajoutant toute nouvelle caractéristique qui soit conforme aux exigences de la présente Loi;

ii) En supprimant ou modifiant tout critère d'examen ou d'évaluation des offres énoncé initialement et en ajoutant tout nouveau critère qui soit conforme aux exigences de la présente Loi, dans la mesure uniquement où cette suppression, cette modification ou cet ajout est rendu nécessaire par la modification des caractéristiques techniques, qualitatives ou de performance de l'objet du marché;

c) Les suppressions, modifications ou ajouts effectués en application de l'alinéa b) du présent paragraphe sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive;

d) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il a pu être prié de fournir;

e) Les offres définitives sont évaluées en vue de déterminer l'offre à retenir telle que définie au paragraphe 3 b) de l'article 43 de la présente Loi.

Article 49

Demande de propositions avec dialogue

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue conformément au paragraphe 1 de l'article 35 de la présente Loi, à moins que ne s'applique une exception prévue dans cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Pour autant qu'elle soit connue, une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, la formule de contrat à signer par les parties;

d) Les étapes prévues de la procédure;

e) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

f) Les exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes selon l'article 10 de la présente Loi et une mention indiquant que les propositions ne satisfaisant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

g) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

h) Les modalités et le lieu d'obtention de la demande de propositions;

i) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions;

j) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement;

k) La ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible;

l) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. Pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection. Les dispositions de l'article 18 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à cette procédure, sauf dans la mesure où le présent paragraphe y déroge:

a) L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de présélection qu'elle ne demandera des propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de qualification spécifiés dans ce dossier;

b) Le dossier de présélection indique le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la manière dont ils seront sélectionnés. Pour fixer cette limite, l'entité adjudicatrice tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence effective;

c) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères spécifiés dans le dossier de présélection en appliquant le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à participer à la présélection et le dossier de présélection;

d) L'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu la meilleure note; elle n'en retient pas plus que le nombre maximum indiqué dans le dossier de présélection, et pas moins de trois si possible;

e) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a été présélectionné ou non et communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non présélectionnés qui le demandent les motifs de cette décision. Elle communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

4. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue a été publiée conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 35 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur répondant à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 18 de la présente Loi;

c) Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, à chaque fournisseur ou entrepreneur présélectionné conformément aux procédures et conditions spécifiées dans le dossier de présélection;

d) En cas de sollicitation directe conformément au paragraphe 2 de l'article 35 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné;

pour autant qu'il ait acquitté le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Ce prix ne dépassera pas le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs.

5. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à f) et l) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé et exprimé, la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné et en vigueur à une date donnée;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché lui-même, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs à ce stade;

f) Tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition du marché qui ne fera pas l'objet d'un dialogue pendant la procédure;

g) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue, le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois si possible, et, le cas échéant, leur nombre maximum, ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés conformément aux dispositions de la présente Loi pour déterminer ces nombres;

h) Les critères et la procédure d'évaluation des propositions visés à l'article 11 de la présente Loi;

i) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

j) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux

des communications concernant la procédure de passation de marché sans l'intervention d'un intermédiaire;

k) Une mention indiquant que l'article 64 de la présente Loi confère aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

l) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée la proposition à retenir, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un contrat écrit et l'approbation par une autre autorité conformément à l'article 22 de la présente Loi, ainsi qu'une estimation du délai nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

m) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché.

6. a) L'entité adjudicatrice examine toutes les propositions reçues sur la base des exigences minimales établies et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme;

b) Lorsqu'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être invités à participer au dialogue a été fixé et que le nombre de propositions conformes est supérieur à celui-ci, l'entité adjudicatrice sélectionne le nombre maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions;

c) Un avis motivé de rejet est promptement expédié à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

7. L'entité adjudicatrice invite à participer au dialogue chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme, dans la limite du nombre maximum applicable. Elle veille à ce que le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs invités soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Ce nombre sera d'au moins trois si possible.

8. Le dialogue est mené de façon concomitante par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice.

9. Au cours du dialogue, l'entité adjudicatrice ne peut modifier ni l'objet du marché, ni les critères de qualification ou d'évaluation, ni les exigences minimales établies conformément au paragraphe 2 f) du présent article, ni les éléments de la description de l'objet du marché ni les conditions du marché exclus du dialogue, tels que précisés dans la demande de propositions.

10. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information découlant du dialogue qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués en même temps et en toute égalité à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet

entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions de l'article 24 de la présente Loi relatives à la confidentialité.

11. À l'issue du dialogue, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leur proposition. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.

12. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive.

13. L'offre à retenir est celle qui, sur la base des critères et de la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions, répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 50

Demande de propositions avec négociations consécutives

1. Les dispositions des paragraphes 1 à 7 de l'article 47 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Les propositions dont les caractéristiques techniques, qualitatives et de performance répondent aux exigences minimales applicables ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice classe chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions puis:

a) Communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition est conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de cette dernière et son classement;

b) Invite le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé suivant ces critères et cette procédure à des négociations sur les aspects financiers de sa proposition; et

c) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes que leurs propositions pourront faire l'objet de négociations si les négociations avec le ou les fournisseurs ou entrepreneurs mieux classés n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché.

3. Si l'entité adjudicatrice constate que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, elle l'informe qu'elle met fin aux négociations.

4. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième place; si les négociations avec celui-ci n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition, dans l'ordre de leur classement, jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes soient rejetées.

5. Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne peut modifier ni l'objet du marché, ni les critères de qualification, d'examen ou

d'évaluation, ni les exigences minimales établies, ni les éléments de la description de l'objet du marché, ni les conditions du marché mentionnés dans la demande de propositions, à l'exception des aspects financiers des propositions sur lesquels portent les négociations.

6. L'entité adjudicatrice ne peut rouvrir des négociations avec un fournisseur ou entrepreneur une fois qu'elle y a mis fin.

Article 51

Négociations avec appel à la concurrence

1. Les paragraphes 3, 5 et 6 de l'article 34 de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant les négociations.

2. Les exigences, orientations, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués en même temps et en toute égalité à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation de marché avec l'entité adjudicatrice, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions de l'article 24 de la présente Loi relatives à la confidentialité.

3. À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leur proposition.

4. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive.

5. L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 52

Sollicitation d'une source unique

Les paragraphes 4 à 6 de l'article 34 de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant la sollicitation d'une proposition ou d'un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique. L'entité adjudicatrice engage des négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur duquel une proposition ou un prix est sollicité, à moins que de telles négociations ne soient pas possibles dans les circonstances de la passation de marché en question.

Chapitre VI. Enchères électroniques inversées

Article 53

Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marché autonome

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres en faisant publier une invitation à participer à l'enchère électronique inversée conformément à l'article 33 de la présente Loi. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description détaillée de l'objet du marché, conformément à l'article 10 de la présente Loi, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, la formule de contrat à signer par les parties;

d) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

f) Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché;

g) Les critères et la procédure d'évaluation des offres conformément à l'article 11 de la présente Loi, ainsi que toute formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère;

h) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, ainsi qu'une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

j) Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu, ce nombre devant être suffisant pour assurer une concurrence effective;

[k) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère est limité en application du paragraphe 2 du présent article, le nombre maximum fixé, ainsi que les critères et la procédure qui seront appliqués conformément au paragraphe 2 du présent article pour les sélectionner;]

l) Les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter;

m) Les délais et les formalités d'inscription à l'enchère;

n) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

o) Les critères de clôture de l'enchère;

p) D'autres règles pour la conduite de l'enchère, notamment les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir;

q) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ces lois et règlements peuvent être consultés;

r) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur les informations concernant la procédure de passation de marché;

s) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère, sans l'intervention d'un intermédiaire;

t) Une mention indiquant que l'article 64 de la présente Loi confère aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

u) Les formalités qui devront être accomplies après l'enchère pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la vérification des qualifications ou de la conformité conformément à l'article 57 de la présente Loi et la signature d'un contrat écrit en application de l'article 22 de la présente Loi;

v) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant la procédure de passation de marché.

[2. L'entité adjudicatrice ne peut limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs autorisés à s'inscrire à l'enchère électronique inversée que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant s'inscrire de manière non discriminatoire. Elle indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier cette limitation.]

3. L'entité adjudicatrice peut décider, au regard des circonstances de la passation concernée, de faire précéder l'enchère électronique inversée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales, auquel cas l'invitation à participer à l'enchère comporte, outre les informations énumérées au paragraphe 1 du présent article, les renseignements suivants:

a) Une invitation à présenter des offres initiales ainsi que les instructions pour établir ces dernières;

b) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres initiales.

4. Lorsque l'enchère électronique inversée a été précédée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales, l'entité adjudicatrice, immédiatement après avoir terminé cet examen ou cette évaluation:

a) Expédie un avis motivé de rejet à chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre initiale a été rejetée;

b) Adresse, à chaque fournisseur ou entrepreneur qualifié dont l'offre initiale est conforme, une invitation à l'enchère en lui fournissant toutes les informations nécessaires pour y participer;

c) Lorsqu'une évaluation des offres initiales a eu lieu, chaque invitation à l'enchère est également accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle est adressée.

Article 54

Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché

1. Si une enchère électronique inversée doit précéder l'attribution du marché dans une méthode de passation, selon qu'il convient, ou dans une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, l'entité adjudicatrice informe les fournisseurs ou entrepreneurs de la tenue d'une enchère lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à la procédure de passation de marché, et leur communique, outre les informations exigées par les dispositions de la présente Loi, les renseignements suivants sur l'enchère:

a) La formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère;

b) Les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter.

2. Avant que l'enchère électronique inversée n'ait lieu, l'entité adjudicatrice adresse à tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant en compétition une invitation à participer à l'enchère, qui précise:

a) Les délais et les formalités d'inscription à l'enchère;

b) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

c) Les critères de clôture de l'enchère;

d) D'autres règles pour la conduite de l'enchère, notamment les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

3. Lorsqu'une évaluation des offres initiales a eu lieu, chaque invitation à l'enchère est également accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle est adressée.

Article 55

Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère

1. Une confirmation de l'inscription est donnée promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui s'inscrit à l'enchère électronique inversée.

2. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère électronique inversée est insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère. Elle communique promptement sa décision d'abandonner l'enchère à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

3. Le délai entre l'envoi de l'invitation à l'enchère électronique inversée et l'enchère elle-même doit être suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à cette dernière, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

Article 56

Exigences pendant l'enchère électronique inversée

1. L'enchère électronique inversée porte:

a) Sur le prix, lorsque le marché doit être attribué à l'offre la plus basse; ou

b) Sur le prix et les autres critères communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 53 et 54 de la présente Loi, selon le cas, lorsque le marché doit être attribué à l'offre la plus avantageuse.

2. Au cours de l'enchère:

a) Tous les enchérisseurs se voient accorder de manière continue des chances égales de présenter leurs offres;

b) Toutes les offres font l'objet d'une évaluation automatique suivant les critères, la procédure et la formule communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 53 et 54 de la présente Loi, selon le cas;

c) Chaque enchérisseur doit recevoir, instantanément et de façon continue pendant l'enchère, des informations suffisantes pour pouvoir déterminer la position de son offre par rapport aux autres;

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs ou entre les enchérisseurs, sous réserve des dispositions des alinéas a) et c) du présent paragraphe.

3. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur pendant l'enchère.

4. L'enchère est close suivant les critères communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 53 et 54 de la présente Loi, selon le cas.

5. L'entité adjudicatrice suspend l'enchère ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication compromettant le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles concernant la conduite de l'enchère. Elle ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

Article 57

Exigences après l'enchère électronique inversée

1. L'offre à retenir est celle qui, à la clôture de l'enchère électronique inversée, est la plus basse ou la plus avantageuse, selon le cas.

2. Dans les passations de marché où l'enchère n'est pas précédée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales, l'entité adjudicatrice vérifie après celle-ci la conformité de l'offre à retenir et les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur qui l'a soumise. Elle rejette cette offre si elle la juge non conforme ou si elle juge que le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'est pas qualifié. Sans préjudice de son droit d'abandonner la passation de marché en application du paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi, elle retient l'offre suivante qui était la plus basse ou la plus avantageuse au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve de s'assurer que cette offre est conforme et que le fournisseur ou entrepreneur l'ayant soumise est qualifié.

3. Lorsque l'offre à retenir à la clôture de l'enchère lui paraît anormalement basse et suscite des craintes quant à la capacité de l'enchérisseur concerné à exécuter le marché, l'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite à l'article 20 de la présente Loi. Si elle rejette l'offre au motif qu'elle est anormalement basse en vertu de l'article 20, elle retient l'offre suivante qui, à la clôture de l'enchère, était la plus basse ou la plus avantageuse. La présente disposition n'empêche pas l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché comme l'y autorise le paragraphe 1 de l'article 19 de la présente Loi.

Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres

Article 58

Attribution d'un accord-cadre fermé

1. L'entité adjudicatrice attribue un accord-cadre fermé:

a) En recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, conformément aux dispositions du chapitre III de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre y déroge; ou

b) En recourant à d'autres méthodes de passation, conformément aux dispositions pertinentes des chapitres II, IV et V de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre y déroge.

2. Les dispositions de la présente Loi qui régissent la préqualification et le contenu de la sollicitation dans les méthodes de passation mentionnées au paragraphe 1 du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* aux informations devant être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs lorsque leur participation à une procédure d'accord-cadre fermé est sollicitée pour la première fois. L'entité adjudicatrice précise également à ce stade:

a) Que la passation de marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre aboutissant à un accord-cadre fermé;

b) Si l'accord-cadre sera conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs;

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, tout nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui y seront parties;

d) La forme et les conditions de l'accord-cadre conformément à l'article 59 de la présente Loi.

3. Les dispositions de l'article 22 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à l'attribution d'un accord-cadre fermé.

Article 59

Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

1. Un accord-cadre fermé est conclu par écrit et comporte les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord-cadre, qui ne peut dépasser la durée maximale établie par les règlements en matière de passation des marchés;

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché établies au moment de la conclusion de l'accord;

c) Dans la mesure où elles sont connues, des estimations des conditions de la passation de marché qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord-cadre;

d) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, une clause indiquant s'il comportera lors de la deuxième étape une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord-cadre, auquel cas celui-ci stipule:

i) Les conditions de la passation de marché qui doivent être établies ou précisées lors de cette mise en concurrence;

ii) Les modalités et la fréquence prévue de toute mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape;

iii) Les procédures et critères qui seront appliqués durant la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi. Si les coefficients de pondération des critères d'évaluation peuvent varier pendant cette mise en concurrence, l'accord-cadre spécifie la fourchette autorisée;

e) Si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse; et

f) Le mode d'attribution du marché.

2. Un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, sauf si:

a) L'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt d'une partie à l'accord-cadre qu'un accord séparé soit conclu avec un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord;

b) L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés; et

c) Les variations entre les conditions des différents accords pour une passation de marché donnée sont minimes et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés.

3. L'accord-cadre contient, outre les renseignements spécifiés dans les autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, notamment les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de celui-ci, ainsi que les informations nécessaires pour la connexion s'il y a lieu.

Article 60

Établissement d'un accord-cadre ouvert

1. L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert en ligne.

2. L'entité adjudicatrice sollicite la participation à l'accord-cadre ouvert en faisant publier une invitation à devenir partie à l'accord conformément aux exigences de l'article 33 de la présente Loi.

3. L'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert contient les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice qui établit et gère l'accord-cadre ouvert et ceux de toutes autres entités adjudicatrices qui auront le droit d'attribuer des marchés sur le fondement de l'accord-cadre;

b) Une mention indiquant que la passation du marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre qui aboutira à un accord-cadre ouvert;

c) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert et toutes les informations sur son fonctionnement, notamment les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de celui-ci, ainsi que les informations nécessaires pour la connexion;

d) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:

i) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

[ii) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ouvert est limité en application du paragraphe 7 du présent article, le nombre maximum fixé ainsi que les critères et la procédure qui seront appliqués conformément au paragraphe 7 du présent article pour les sélectionner;]

iii) Des instructions pour l'établissement et la présentation des soumissions indicatives nécessaires pour devenir partie à l'accord-cadre ouvert, y compris la ou les monnaies et la ou les langues à utiliser, ainsi que les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des

fournisseurs ou entrepreneurs et toute pièce ou autre élément d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article 9 de la présente Loi;

iv) Une mention indiquant expressément que des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée d'application de celui-ci en présentant des soumissions indicatives, sous réserve d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs et de toute déclaration faite conformément à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les autres conditions de l'accord-cadre ouvert, y compris toutes les informations devant y figurer conformément à l'article 61 de la présente Loi;

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ces lois et règlements peuvent être consultés;

g) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché sans l'intervention d'un intermédiaire.

4. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée d'application de celui-ci en présentant des soumissions indicatives à l'entité adjudicatrice conformément aux conditions énoncées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

5. L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions indicatives reçues pendant la durée d'application de l'accord-cadre dans un délai maximal de ... jours ouvrables [*l'État adoptant fixe le délai maximal*] conformément aux procédures prévues dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert.

6. L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés qui ont présenté une soumission sauf si leur soumission a été rejetée pour les motifs spécifiés dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert.

[7. L'entité adjudicatrice ne peut limiter le nombre de parties à l'accord-cadre ouvert que dans la mesure où les limites de capacité de son système de communication l'exigent, et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à l'accord-cadre ouvert de manière non discriminatoire. Elle indique dans le procès-verbal visé à l'article 25 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier cette limitation.]

8. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils sont devenus parties à l'accord-cadre et, dans le cas où ils ne sont pas devenus parties, pour quels motifs leurs soumissions indicatives ont été rejetées.

Article 61

Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

1. Un accord-cadre ouvert prévoit, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord et contient les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord;

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;

c) Les conditions de la passation de marché qui peuvent être précisées à l'occasion de la mise en concurrence de la deuxième étape;

d) Les modalités et la fréquence prévue de la mise en concurrence de la deuxième étape;

e) Une clause indiquant si l'attribution de marchés sur le fondement de l'accord-cadre se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse;

f) Les procédures et critères qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération des critères d'évaluation et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi. Si les coefficients de pondération des critères d'évaluation peuvent varier pendant cette mise en concurrence, l'accord spécifie la fourchette autorisée.

2. Pendant toute la durée d'application de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice republie au moins une fois par an l'invitation à devenir partie à l'accord et garantit en outre l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord et à toute autre information nécessaire concernant son application.

Article 62

Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

1. L'attribution d'un marché sur le fondement d'un accord-cadre se fait conformément aux conditions de l'accord et aux dispositions du présent article.

2. Un marché ne peut être attribué sur le fondement d'un accord-cadre qu'à un fournisseur ou entrepreneur qui y est partie.

3. Les dispositions de l'article 22 de la présente Loi, à l'exception de son paragraphe 2, s'appliquent à l'acceptation de la soumission à retenir dans un accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape.

4. Dans un accord-cadre fermé comportant une mise en concurrence lors de la deuxième étape et dans un accord-cadre ouvert, les procédures suivantes s'appliquent à l'attribution d'un marché:

a) L'entité adjudicatrice adresse une invitation écrite à présenter des soumissions, simultanément:

i) À chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre; ou

ii) Seulement aux fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre qui sont alors capables de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché, à condition que dans le même temps toutes les parties à l'accord-cadre soient avisées de la mise en concurrence de la deuxième étape afin qu'elles aient la possibilité d'y participer;

b) L'invitation à présenter des soumissions contient les renseignements suivants:

i) Un rappel des conditions existantes de l'accord-cadre qui figureront dans le marché prévu, les conditions de la passation de marché qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et de plus amples informations sur ces conditions si nécessaire;

ii) Un rappel des procédures et des critères d'attribution du marché prévu, y compris leurs coefficients de pondération et la manière dont ils seront appliqués;

iii) Des instructions pour l'établissement des soumissions;

iv) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions;

v) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des soumissions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des soumissions peuvent être présentées;

vi) La manière dont le prix des soumissions doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

vii) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ils peuvent être consultés;

viii) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la mise en concurrence de la deuxième étape, sans l'intervention d'un intermédiaire;

ix) Une mention indiquant que l'article 64 de la présente Loi confère aux fournisseurs ou entrepreneurs un droit de contestation ou d'appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée la soumission à retenir, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un contrat écrit en application de l'article 22 de la présente Loi;

xi) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des soumissions et d'autres aspects de la mise en concurrence de la deuxième étape;

c) L'entité adjudicatrice évalue toutes les soumissions reçues et décide quelle est la soumission à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à présenter des soumissions;

d) L'entité adjudicatrice accepte la soumission retenue, conformément à l'article 22 de la présente Loi.

Article 63

Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre

Pendant la durée d'application de l'accord-cadre, aucune modification de la description de l'objet du marché n'est permise. D'autres conditions de la passation de marché, y compris les critères (ainsi que leur coefficient de pondération et leurs modalités d'application) et les procédures d'attribution du marché prévu, peuvent être modifiées uniquement dans la mesure expressément autorisée par l'accord-cadre.

Chapitre VIII. Procédures de contestation[68]

Article 64

Droit de contestation et d'appel

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison d'une décision ou d'un acte de l'entité adjudicatrice qu'il estime non conforme aux dispositions de la présente Loi peut contester cette décision ou cet acte.

2. Une procédure de contestation peut être engagée en introduisant [une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 66 de la présente Loi, une demande en révision auprès de [*nom de l'instance indépendante*] en vertu de l'article 67 de la présente Loi ou un appel auprès du [*nom du ou des tribunaux*].]

[3. Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue dans une procédure de contestation visée à l'article 66 ou 67 de la présente Loi devant le [*nom du ou des tribunaux*].]

Article 65

Effet d'une contestation

1. L'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre dans la procédure de passation de marché concernée:

---

68 Certaines options figurent entre crochets dans le présent chapitre. On trouvera dans le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/...) des indications les concernant.

a) Lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen dans les délais fixés au paragraphe 2 de l'article 66;

b) Lorsqu'une demande en révision lui est notifiée par le [*nom de l'instance indépendante*] conformément au paragraphe 5 b) de l'article 67; ou

c) Lorsqu'une demande ou un appel lui est notifié par le *[nom du ou des tribunaux*].

2. L'interdiction visée au paragraphe 1 prend fin à l'expiration d'un délai de ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] après que la décision de l'entité adjudicatrice, du [*nom de l'instance indépendante*] ou du [*nom du ou des tribunaux*] a été communiquée au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à l'entité adjudicatrice le cas échéant et à tous les autres participants à la procédure de contestation.

3. a) L'entité adjudicatrice peut à tout moment demander au [*nom de l'instance indépendante*] ou au [*nom du ou des tribunaux*] de l'autoriser à conclure le marché ou l'accord-cadre au motif que des considérations urgentes d'intérêt général le justifient;

b) Le [*nom de l'instance indépendante*], après avoir examiné cette demande [ou de sa propre initiative], peut autoriser l'entité adjudicatrice à conclure le marché ou l'accord-cadre s'il estime que des considérations urgentes d'intérêt général le justifient. Sa décision motivée est versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiquée promptement à l'entité adjudicatrice, au demandeur, à tous les autres participants à la procédure de contestation et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

Article 66

Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de réexaminer une décision ou un acte qu'elle a pris dans la procédure de passation de marché.

2. Les demandes de réexamen sont présentées par écrit à l'entité adjudicatrice dans les délais suivants:

a) Avant la date limite de présentation des soumissions, s'agissant des demandes de réexamen des conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection ou des demandes de réexamen des décisions ou actes pris par l'entité lors de la procédure de préqualification ou de présélection;

b) Avant la fin du délai d'attente appliqué conformément au paragraphe 2 de l'article 22 de la présente Loi ou, si aucun délai d'attente ne s'applique, avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, s'agissant des demandes de réexamen des autres décisions ou actes pris par l'entité dans la procédure de passation de marché.

3. Dès qu'elle est saisie d'une demande, l'entité adjudicatrice publie un avis concernant celle-ci et dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de sa saisine pour:

a) Décider si elle doit examiner ou rejeter cette demande et, en cas d'examen, si la procédure de passation de marché doit être suspendue. Elle peut rejeter la demande si elle estime que celle-ci est manifestement dénuée de fondement ou n'a pas été présentée dans les délais fixés au paragraphe 2 du présent article, ou si le demandeur n'a pas qualité pour agir. Ce rejet vaut décision concernant la demande.

b) Notifier l'introduction de la demande et l'essentiel de son contenu à tous les participants à la procédure de passation de marché visés par la demande;

c) Notifier sa décision d'examiner ou de rejeter la demande au demandeur et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché;

i) En cas d'examen de la demande, elle indique en outre si la procédure de passation est suspendue et pour quelle durée;

ii) En cas de rejet de la demande ou de non-suspension de la procédure de passation de marché, elle indique en outre au demandeur les raisons de sa décision.

4. Si l'entité adjudicatrice ne notifie pas sa décision au demandeur comme l'exigent les paragraphes 3 c) et 8 du présent article dans le délai spécifié au paragraphe 3 ci-dessus, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision qui lui a été notifiée, celui-ci peut immédiatement engager une procédure [devant le [*nom de l'instance indépendante*] en vertu de l'article 67 de la présente Loi ou le [*nom du ou des tribunaux*]]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

5. En se prononçant sur une demande qu'elle a examinée, l'entité adjudicatrice peut rétracter, corriger, modifier ou maintenir la décision ou l'acte contesté qu'elle avait pris dans la procédure de passation de marché.

6. L'entité adjudicatrice rend la décision visée au paragraphe 5 du présent article dans les ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] qui suivent sa saisine. Elle communique immédiatement sa décision au demandeur, à tous les autres participants à la procédure de contestation et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

7. Si l'entité adjudicatrice ne communique pas sa décision au demandeur comme l'exigent les paragraphes 6 et 8 du présent article, ce dernier peut immédiatement engager une procédure [devant le [*nom de l'instance indépendante*] en vertu de l'article 67 de la présente Loi ou le [*nom du ou des tribunaux*]]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

8. Toutes les décisions que l'entité adjudicatrice rend en application du présent article sont écrites, indiquent les mesures prises et les raisons qui les motivent, et sont promptement versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché avec la demande formée en vertu du présent article.

Article 67

Demande en révision auprès d'une instance indépendante

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à [*nom de l'instance indépendante*] de réexaminer une décision ou un acte pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché ou la saisir lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 66 de la présente Loi dans les délais fixés par ce même article.

2. Les demandes en révision sont présentées au [*nom de l'instance indépendante*] par écrit dans les délais suivants:

a) S'agissant des demandes en révision des conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection ou des demandes en révision des décisions ou actes que l'entité adjudicatrice a pris lors de la procédure de préqualification ou de présélection, avant la date limite de présentation des soumissions;

b) S'agissant des demandes en révision des autres décisions ou actes que l'entité a pris dans la procédure de passation de marché:

i) Avant la fin du délai d'attente appliqué conformément au paragraphe 2 de l'article 22 de la présente Loi; ou

ii) Lorsque aucun délai d'attente ne s'applique, dans les ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] à compter soit du moment où le demandeur a eu connaissance des circonstances qui motivent sa demande soit du moment où il aurait dû en avoir connaissance si celui-ci est antérieur mais, en tout état de cause, dans un délai maximum de ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] après l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre [ou une décision d'abandonner la passation de marché];

c) Nonobstant l'alinéa b) i) du présent paragraphe, un fournisseur ou entrepreneur peut demander au [*nom de l'instance indépendante*] d'examiner une demande en révision formée après la fin du délai d'attente, pour autant qu'elle ait été soumise dans le délai maximum de ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] après l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre [ou une décision d'abandonner la passation de marché], au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Le [*nom de l'instance indépendante*] peut examiner la demande s'il estime que des considérations importantes d'intérêt général le justifient. Sa décision motivée est communiquée promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné;

d) Les demandes en révision motivées par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 66 de la présente Loi dans les délais fixés par ce même article, sont soumis dans les ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] après que la décision de l'entité aurait dû être communiquée au demandeur conformément aux prescriptions des paragraphes 3, 6 et 8 de l'article 66 de la présente Loi, selon le cas.

3. Après avoir été saisi d'une demande en révision, le [*nom de l'instance indépendante*] peut, sous réserve des exigences du paragraphe 4 du présent article:

[a)] Ordonner la suspension de la procédure de passation de marché à tout moment avant l'entrée en vigueur du marché; [et

b) Ordonner la suspension de l'exécution d'un marché ou du fonctionnement d'un accord-cadre déjà entré en vigueur;]

s'il le juge nécessaire, et aussi longtemps qu'il le juge nécessaire, pour protéger les intérêts du demandeur, à moins d'estimer que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite de la procédure de passation de marché[, du marché ou de l'accord-cadre, selon le cas]. Il peut également ordonner la prolongation ou la mainlevée de toute mesure de suspension en cours, en tenant compte des considérations précitées.

4. Le [*nom de l'instance indépendante*]:

a) Ordonne la suspension de la procédure de passation de marché pour une durée de dix (10) jours ouvrables lorsqu'il est saisi d'une demande avant la date limite de présentation des soumissions; et

b) Ordonne la suspension de la procédure de passation de marché [ou de l'exécution d'un marché ou du fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas] lorsqu'il est saisi d'une demande après la date limite de présentation des soumissions et qu'aucun délai d'attente ne s'applique;

sauf s'il estime que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite de la procédure de passation[, du marché ou de l'accord-cadre, selon le cas].

5. Dès qu'il est saisi d'une demande, le [*nom de l'instance indépendante*]:

a) Suspend ou décide de ne pas suspendre la procédure de passation de marché [ou l'exécution d'un marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas] conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article;

b) Notifie la demande et l'essentiel de son contenu à l'entité adjudicatrice et à tous les participants connus à la procédure de passation de marché qui sont visés par la demande;

c) Notifie sa décision concernant la suspension à tous les participants connus à la procédure de passation de marché qui sont visés par la demande. Lorsqu'il décide de suspendre la procédure de passation de marché [ou l'exécution d'un marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas], il précise en outre la durée de la suspension. En cas de non-suspension, il communique les raisons de sa décision au demandeur et à l'entité adjudicatrice; et

d) Publie un avis de la demande.

6. Le [*nom de l'instance indépendante*] peut rejeter la demande et lève toute mesure de suspension en cours s'il estime que:

a) La demande est manifestement dénuée de fondement ou n'a pas été présentée dans les délais fixés au paragraphe 2 du présent article; ou

b) Le demandeur n'a pas qualité pour agir.

Le [*nom de l'instance indépendante*] notifie promptement sa décision motivée de rejet, ainsi que la mainlevée de toute mesure de suspension en cours, au demandeur, à l'entité adjudicatrice et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché. Ce rejet vaut décision concernant la demande.

7. Le [*nom de l'instance indépendante*] donne notification au demandeur, à l'entité adjudicatrice et aux autres participants à la procédure de passation de marché conformément aux paragraphes 5 et 6 du présent article dans un délai maximum de trois (3) jours ouvrables après avoir été saisi de la demande.

8. Dès qu'elle reçoit la notification visée au paragraphe 5 b) du présent article, l'entité adjudicatrice donne à [*nom de l'instance indépendante*] accès à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché, d'une manière appropriée aux circonstances.

9. En se prononçant sur une demande qu'il a examinée, le [*nom de l'instance indépendante*] peut énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce, examine toute mesure de suspension en cours et prend une ou plusieurs des mesures suivantes, selon qu'il convient:

a) Interdire à l'entité adjudicatrice de prendre une décision ou un acte ou d'appliquer une procédure contraires aux dispositions de la présente Loi;

b) Exiger que l'entité adjudicatrice ayant agi ou procédé d'une manière contraire aux dispositions de la présente Loi agisse, procède ou se prononce conformément aux dispositions de la présente Loi;

[c) Annuler en tout ou en partie un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi[, à l'exception de tout acte ou toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre];

d) Réviser une décision de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi[, à l'exception de tout acte ou toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre];

e) Confirmer une décision de l'entité adjudicatrice;

f) Annuler l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre entré en vigueur d'une manière contraire aux dispositions de la présente Loi et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a déjà été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution;]

g) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation de marché;

h) Rejeter la demande;

i) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé une demande du fait d'un acte, d'une décision ou d'une procédure de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi durant la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi[, ledit dédommagement se limitant soit aux coûts de l'établissement de la soumission, soit aux coûts afférents à la demande, soit à l'ensemble de ces coûts]; ou

j) Prendre d'autres mesures appropriées en l'espèce.

10. Le [*nom de l'instance indépendante*] rend la décision visée au paragraphe 9 du présent article dans les ... jours ouvrables [*l'État adoptant précise le délai*] après avoir été saisi de la demande. Il communique immédiatement sa décision à l'entité

adjudicatrice, au demandeur, à tous les autres participants à la demande en révision et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

11. Toutes les décisions que le [*nom de l'instance indépendante*] rend en application du présent article sont écrites, indiquent les mesures prises et les raisons qui les motivent, et sont versées promptement au procès-verbal de la procédure de passation de marché avec la demande formée en vertu du présent article.

Article 68

Droits des participants à une procédure de contestation

1. Tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marché qui est visé par la demande, de même que toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être affectés par la demande, ont le droit de participer à la procédure de contestation visée aux articles 66 et 67 de la présente Loi. Un fournisseur ou entrepreneur dûment informé de la procédure mais n'y participant pas ne peut par la suite se prévaloir des articles 66 et 67 de la présente Loi pour contester les décisions ou actes qui font l'objet de la demande.

2. L'entité adjudicatrice a le droit de participer à une procédure de contestation visée à l'article 67 de la présente Loi.

3. Les participants à une procédure de contestation visée aux articles 66 et 67 de la présente Loi ont le droit d'être présents, de se faire représenter et d'être accompagnés à toutes les audiences tenues au cours de la procédure considérée; le droit d'être entendus; le droit de produire des preuves, y compris des témoins; le droit de demander qu'une audience soit publique; et le droit de demander l'accès au dossier de la procédure sous réserve des dispositions de l'article 69 de la présente Loi.

Article 69

Confidentialité dans une procédure de contestation

La divulgation d'informations dans une procédure de contestation et la publicité des audiences tenues en vertu des articles 66 et 67 de la présente Loi sont interdites si elles portent atteinte à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État, sont contraires à la loi, en compromettent l'application, sont préjudiciables aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuisent à la concurrence loyale.

Annexe II

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-quatrième session

Cote	*Titre ou description*
A/CN.9/711 et Corr.1	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la quarante-quatrième session
A/CN.9/712	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010)
A/CN.9/713	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010)
A/CN.9/714	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010)
A/CN.9/715	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 6-10 décembre 2010)
A/CN.9/716	Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010)
A/CN.9/717	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011)
A/CN.9/718	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingtième session (New York, 14-18 mars 2011)
A/CN.9/719	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011)
A/CN.9/720	Note du Secrétariat contenant une comparaison et une analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties
A/CN.9/721	Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011)
A/CN.9/722	Note du Secrétariat contenant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI
A/CN.9/723	Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types
A/CN.9/724	Note du secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques
A/CN.9/725	Note du Secrétariat sur les activités de coordination
A/CN.9/726	Note du Secrétariat sur la promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI
A/CN.9/727	Note du Secrétariat sur les questions juridiques et réglementaires qui se posent dans le domaine de la microfinance
A/CN.9/728 et Add.1	Note du Secrétariat sur les travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique
A/CN.9/729 et Add.1 à 8	Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type
A/CN.9/730 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur la finalisation et l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la passation des marchés publics

Cote	*Titre ou description*
A/CN.9/731 et Add.1 à 9	Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics
A/CN.9/732 et Add.1 à 3	Note du Secrétariat sur le texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale
A/CN.9/733 et Add.1	Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: compilation des commentaires reçus des gouvernements
A/CN.9/734	Note du Secrétariat transmettant une proposition de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement: renforcer la connaissance et l'utilisation des modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquante-huitième session

(TD/B/58/9)

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

À sa 1078e séance plénière, le Conseil a pris note du quarante-quatrième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (A/66/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/66/471)

[Original: anglais]

Rapporteuse: Mme Jacqueline Kemunto **Moseti** (Kenya)

I. Introduction

1. À sa 2e séance plénière, le 16 septembre 2011, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixante-sixième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 10e, 22e, 25e et 30e séances, les 10, 27 et 31 octobre, et le 11 novembre 2011. Ses débats sont consignés dans les comptes rendus analytiques correspondants (A/C.6/66/SR.10, 22, 25 et 30).

3. Pour l'examen de la question, la Commission était saisie du Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/66/17).

4. À sa 10e séance, le 10 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa quarante-quatrième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session.

II. Examen de projets de résolution

A. Projet de résolution A/C.6/66/L.10

5. À sa 22e séance, le 27 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté le projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session" (A/C.6/66/L.10) au nom des pays suivants: Albanie, Allemagne, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Bélarus, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Chypre, Croatie, Danemark, El Salvador, Espagne, Estonie, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malte, Mexique, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République de Moldova, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du), auxquels se sont joints par la suite le Liechtenstein et l'Ouganda.

6. À sa 25e séance, le 31 octobre, les États-Unis d'Amérique, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Malaisie et la Turquie se sont joints aux auteurs du projet de résolution, et la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/66/L.10 sans le mettre aux voix.

7. À sa 30e séance, le 11 novembre, la Commission a décidé de reprendre l'examen du point de l'ordre du jour. Au nom du Bureau, le Président a proposé une modification orale du paragraphe 20 du projet de résolution A/C.6/66/L.10, au terme de laquelle les mots "approuve la Commission d'avoir décidé d'y parvenir en réduisant les services de conférence auxquels elle a droit et" seraient supprimés avant la phrase "engage les États Membres".

8. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/66/L.10, tel que modifié oralement, sans le mettre aux voix (voir par. 14, projet de résolution I).

9. Toujours à la même séance, les représentants de la France, de Cuba, de l'Iran et du Venezuela ont pris la parole pour expliquer leur position après l'adoption du projet de résolution.

B. Projet de résolution A/C.6/66/L.11

10. À sa 22e séance, le 27 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté au nom du Bureau le projet de résolution intitulé "Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics" (A/C.6/66/L.11).

11. À sa 25e séance, le 31 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/66/L.11 sans le mettre aux voix (voir par. 14, projet de résolution II).

C. Projet de résolution A/C.6/66/L.12

12. À sa 22e séance, le 27 octobre, le représentant de l'Autriche a présenté au nom du Bureau le projet de résolution intitulé "Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge" (A/C.6/66/L.12).

13. À sa 25e séance, le 31 octobre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/66/L.12, sans le mettre aux voix (voir par. 14, projet de résolution III).

III. Recommandations de la Sixième Commission

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

Projet de résolution I
Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session

L'Assemblée générale,

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

Se déclarant de nouveau convaincue que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques qui gênent les courants commerciaux internationaux, notamment ceux que rencontrent les pays en développement, apportent un concours non négligeable à la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité, de la communauté d'intérêts et du respect de la légalité, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, à la paix, à la stabilité et au bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission[1],

Déclarant de nouveau craindre que les activités que d'autres organes mènent dans le domaine du droit commercial international sans bien les coordonner avec celles de la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne nuisent à l'efficacité, à l'homogénéité et à la cohérence de l'effort d'unification et d'harmonisation du droit commercial international,

Réaffirmant que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin en particulier d'éviter les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent les règles du commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, et réaffirmant encore que la Commission doit continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organisations et organes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international,

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17).

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[1];

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics[2] et la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge[3];

3. *Prend note avec intérêt* des progrès que la Commission a réalisés dans l'élaboration des normes juridiques sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique et le commerce électronique, en particulier compte tenu des conclusions du colloque tenu en février 2011, l'interprétation et l'application de certaines notions de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[4] en rapport avec le centre des intérêts principaux, et d'un projet de texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[5];

4. *Se félicite* que la Commission ait décidé d'élaborer un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la passation des marchés publics de la façon la plus efficace et la plus pragmatique possible, de procéder à l'étude des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine des partenariats entre secteur public et secteur privé et des projets d'infrastructure à financement privé, d'entreprendre le sujet des documents transférables électroniques, d'élaborer avec la Banque mondiale, dans la limite des ressources disponibles et sans utiliser celles des groupes de travail, un projet de principes sur les régimes efficaces d'opérations garanties, et d'inscrire la microfinance au programme de ses travaux futurs pour l'examiner à sa prochaine session, en 2012[6];

5. *Prend note avec satisfaction* de la décision de la Commission de recommander l'utilisation de la version révisée de 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale, selon qu'il conviendra, dans les opérations assorties de garanties sur demande[7];

6. *Prend également note avec satisfaction* des progrès accomplis par la Commission dans son projet de suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[8], et de sa décision de prier le Secrétariat de poursuivre l'élaboration d'un guide sur la Convention[9];

---

[2] Ibid., chap. III et annexe I.

[3] Ibid., chap. IV.

[4] *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3), première partie.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), chap. V à IX.

[6] Ibid., chap. III, par. 181 à 187, 190 et 191; chap. VIII, par. 228; et chap. IX et X.

[7] Ibid., chap. XI.

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

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), chap. XII.

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

8. *Constate avec satisfaction* que les activités de coordination et de coopération que mène la Commission dans le domaine des sûretés ont bien avancé et, en particulier, que la Commission a approuvé un document corédigé par son secrétariat, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé et le secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé avec le concours d'experts extérieurs, intitulé "Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties"[10], et qu'elle a demandé qu'il soit diffusé le plus largement possible, notamment en tant que publication des Nations Unies, et que l'apport du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé et du secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé soit reconnu comme il se doit[11];

9. *Constate* que la Commission a jugé qu'il était dans l'intérêt de tous les États d'aborder le droit applicable aux effets de la cession de créances sur la propriété selon une démarche coordonnée et qu'elle a demandé au Secrétariat de coopérer étroitement avec la Commission européenne afin de coordonner leurs travaux sur le sujet, compte tenu de la démarche suivie pour la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[12] et le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[13];

10. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance et de la coopération techniques en matière de développement et de réforme du droit commercial international et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance et de coopération techniques et d'avoir aidé à l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur le peu de ressources disponibles dans ce domaine;

---

[10] Voir A/CN.9/720.

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 278 à 283.

[12] Résolution 56/81, annexe.

[13] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

c) Prend note avec intérêt de la conception globale de la coopération et de l'assistance techniques de la Commission, qui se fonde sur le cadre stratégique des activités d'assistance technique proposé par le Secrétariat pour faire adopter universellement les textes de la Commission et faire connaître ceux qu'elle a récemment adoptés[14];

d) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis de réaliser les activités d'assistance et de coopération techniques, et leur demande, ainsi qu'aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et aux particuliers intéressés, de verser une contribution volontaire au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, de financer des projets spéciaux s'il y a lieu et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance et de coopération techniques, en particulier dans les pays en développement;

e) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance et de coopération techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, en considération de l'utilité et de l'importance de ses travaux et de ses programmes pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la réalisation du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

11. *Invite* les États Membres, les États non membres, les organisations observatrices et le Secrétariat à appliquer le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission, compte tenu du relevé des conclusions figurant à l'annexe III de son rapport sur les travaux de sa quarante-troisième session[15], pour garantir l'excellence des travaux de la Commission et l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a adoptées sur la question;

12. *Se félicite* que la Commission ait décidé de créer, selon les dispositions réglementaires de l'Organisation des Nations Unies et le processus d'approbation interne du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat, un centre régional pour l'Asie et le Pacifique qui se situera en République de Corée, étape initiale mais importante des activités d'information et d'assistance technique de la Commission visant les pays en développement de la région, étant entendu que cette présence régionale ne pourra compter que sur des ressources extrabudgétaires, notamment les contributions volontaires des États; remercie le Gouvernement de la République de Corée du généreux concours qu'il apporte à ce projet pilote; et prie le Secrétaire général de la tenir informée de la progression de la mise en place des centres régionaux, notamment du Centre régional pour l'Asie et le Pacifique en République de Corée, et en particulier de leur financement et de leur situation budgétaire[16];

---

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), chap. XIII.

[15] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17).

[16] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 262 à 270.

13. *Demande* aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux particuliers intéressés, de verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale créé pour financer l'aide accordée au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, afin que cette aide puisse de nouveau être accordée et qu'ainsi les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à accroître les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de leur pays d'origine et à favoriser par là le développement du commerce international et l'investissement étranger;

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

15. *Partage* la conviction de la Commission que la promulgation et l'application effective de règles de droit privé modernes dans la sphère du commerce international sont indispensables à la bonne gouvernance, au développement économique soutenu et à l'élimination de la pauvreté et de la faim, et que la promotion du principe de légalité dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par l'intermédiaire du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, avec l'appui du Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général;

16. *Se félicite* qu'une table ronde sur le rôle de la Commission dans la promotion de l'état de droit en période de conflit ou d'après conflit ait été organisée pendant la quarante-quatrième session de la Commission et prend note de l'intérêt particulier que présentent les instruments et les ressources de celle-ci pour l'instauration d'un contexte économique durable propice à la reconstruction après les conflits et pour la prévention du risque que les sociétés ne rebasculent dans un conflit;

17. *Constate* qu'à l'issue de la table ronde la Commission a jugé que l'insuffisance des ressources oblige à trouver des solutions originales pour que l'on recoure à ses instruments et à ses moyens dès le début d'une opération de relèvement entreprise après un conflit par l'Organisation des Nations Unies et d'autres donateurs, et qu'il fallait faire savoir plus largement qu'elle s'occupait aussi des éléments de base de l'activité commerciale et pouvait donc prêter un concours réel et immédiat aux sociétés sortant d'un conflit[17];

18. *Prie de nouveau* le Secrétaire général, conformément à ses résolutions pertinentes concernant la documentation[18] où elle a en particulier souligné que le fait qu'il ait été demandé d'abréger les documents chaque fois que cela était possible ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de

---

[17] Ibid., par. 318 et 319.

[18] Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

prendre en considération la singularité du mandat et des fonctions de la Commission dans le développement progressif et la codification du droit commercial international quand il applique à la documentation de celle-ci les règles limitant le nombre de pages[19];

19. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission et les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs, et engage la Commission à examiner la question à sa prochaine session en se fondant sur un rapport qu'établira le Secrétariat[20];

20. *Réaffirme* qu'il est nécessaire d'assurer la participation la plus large possible aux sessions de la Commission et, à cet égard, prend note des raisons qui justifient l'alternance du lieu de ces sessions: l'équilibre proportionnel des frais de voyage entre délégations, l'influence et la présence de la Commission au niveau mondial, et la prise en compte des besoins des pays en développement, dont beaucoup ne disposent pas d'une représentation à Vienne; constate que la Commission a conclu qu'il fallait tout faire, sans supprimer cette alternance, pour trouver d'autres moyens de faire droit à ces considérations; et engage les États Membres et le Secrétariat à continuer de revoir leurs méthodes de travail pour en accroître l'efficience et trouver des occasions d'économiser sur le budget[21];

21. *Souligne* l'importance pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de l'utilisation des textes issus des travaux de la Commission et, à cette fin, prie instamment les États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier les conventions ou d'y adhérer, de promulguer les lois types et de favoriser l'utilisation des autres textes pertinents;

22. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, dont celui ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[22], celui consacré à la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[23] et celui relatif à la Loi type sur l'insolvabilité internationale, ouvrages qui doivent concourir à la diffusion d'informations sur les textes en question et favoriser leur utilisation, leur adoption en droit interne et leur interprétation uniforme.

---

[19] Résolutions 59/39, par. 9, et 65/21, par. 18; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 124 à 128.

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 333.

[21] Ibid., chap.XXI.

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

[23] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; et ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

Projet de résolution II
Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et a donné pour objectif à celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Notant que les marchés représentent une fraction importante des dépenses publiques de la plupart des États,

Rappelant sa résolution 49/54 du 9 décembre 1994 recommandant l'utilisation de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[1],

Observant que la Loi type de 1994, qui est devenue une importante référence internationale en matière de réforme du droit des marchés, établit des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés,

Observant également que, malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type de 1994, de nouvelles questions et de nouvelles pratiques sont apparues depuis son adoption, qui justifient sa révision,

Considérant qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission a estimé que la Loi type de 1994 gagnerait à être actualisée pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique dans la passation des marchés publics, ainsi que de l'expérience acquise en utilisant la Loi type de 1994 comme base de la réforme du droit, sans toutefois s'écarter des principes fondamentaux qui la sous-tendaient ni modifier celles de ses dispositions dont l'utilité avait été prouvée,

Notant que la révision de la Loi type de 1994 a fait l'objet des délibérations voulues et de consultations étendues avec les gouvernements et les organisations internationales concernées et que l'on peut ainsi s'attendre à ce que la Loi type révisée, qui sera dénommée "Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics", soit acceptable pour des États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Notant également que la Loi type révisée devrait contribuer dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé et moderne pour la passation des marchés publics, qui favorise l'économie, l'efficacité et la concurrence tout en assurant l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés,

Convaincue que la Loi type révisée aidera sensiblement tous les États, en particulier les pays en développement et les pays dont l'économie est en transition, à

---

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

améliorer leur législation en vigueur en matière de passation de marchés ou à élaborer une telle législation lorsqu'il n'en existe pas, et qu'elle contribuera au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement du développement économique,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir élaboré et adopté le projet de loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics[2];

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la Loi type aux gouvernements et aux autres organes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser la Loi type lorsqu'ils évalueront leur régime juridique relatif à la passation de marchés publics et de s'en inspirer de préférence lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leur législation en la matière;

4. *Préconise* un resserrement de la collaboration et de la coordination entre la Commission et les autres organisations et organes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de la réforme du droit des marchés, en vue d'éviter des doubles emplois ou des incohérences et contradictions regrettables dans la modernisation et l'harmonisation du droit des marchés publics;

5. *Approuve* les efforts que le secrétariat de la Commission a déployés et les initiatives qu'il a prises pour accroître la coopération en matière de réforme des marchés publics et la coordination des activités juridiques dans ce domaine.

---

[2] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 192 et annexe I.

Projet de résolution III
Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et a chargé celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Notant que, à une époque où particuliers et entreprises mènent leurs activités commerciales au niveau mondial et ont des actifs et des intérêts dans plus d'un État, la gestion efficace de leur insolvabilité exige, aux fins de la surveillance et de l'administration de ces actifs et de ces affaires, une coopération et une coordination internationales,

Estimant que la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[1] contribue dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour administrer efficacement l'insolvabilité internationale et faciliter la coopération et la coordination,

Consciente que la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale et les moyens d'appliquer la Loi type en pratique sont assez mal connus,

Convaincue que la mise à disposition d'informations facilement accessibles sur l'interprétation de la Loi type et les pratiques actuelles en la matière que les juges saisis d'affaires d'insolvabilité pourront consulter et utiliser est susceptible de promouvoir une plus large utilisation et une meilleure compréhension de la Loi type et de faciliter la coopération et la coordination judiciaires internationales, évitant ainsi retards et frais inutiles,

Notant avec satisfaction que le 1er juillet 2011, lors de sa quarante-quatrième session, la Commission a achevé l'élaboration et adopté la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge[2],

Notant que l'établissement du texte sur le point de vue du juge fait l'objet de consultations avec les gouvernements, les juges et les autres praticiens de l'insolvabilité,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé l'élaboration de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge et de l'avoir adoptée[2];

---

[1] *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3), première partie.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 198.

2. *Demande* au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies de créer un mécanisme qui permette d'actualiser en permanence le texte sur le point de vue du juge avec la même souplesse qu'il a été établi en veillant à ce qu'il garde sa neutralité et continue de répondre à son objectif déclaré;

3. *Prie* le Secrétaire général de publier le texte sur le point de vue du juge, y compris en version électronique, tel qu'actualisé ou modifié de temps à autre en application du paragraphe 2 de la présente résolution, et de le transmettre aux gouvernements en leur demandant de le mettre à la disposition de leurs autorités compétentes afin qu'il soit largement disponible et connu;

4. *Recommande* que les juges, praticiens de l'insolvabilité et autres intervenants dans les affaires d'insolvabilité internationale tiennent dûment compte, le cas échéant, du texte sur le point de vue du juge;

5. *Recommande également* que tous les États envisagent d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[1].

D. Résolutions 66/94, 66/95, 66/96 et 66/102 de l'Assemblée générale

Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/66/471)

66/94. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session

L'Assemblée générale,

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

Se déclarant de nouveau convaincue que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques qui gênent les courants commerciaux internationaux, notamment ceux que rencontrent les pays en développement, apportent un concours non négligeable à la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité, de la communauté d'intérêts et du respect de la légalité, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, à la paix, à la stabilité et au bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission[1],

Déclarant de nouveau craindre que les activités que d'autres organes mènent dans le domaine du droit commercial international sans bien les coordonner avec celles de la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne nuisent à l'efficacité, à l'homogénéité et à la cohérence de l'effort d'unification et d'harmonisation du droit commercial international,

Réaffirmant que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin en particulier d'éviter les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent les règles du commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, et réaffirmant encore que la Commission doit continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organisations et organes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international,

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[1];

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17).

2. *Félicite* la Commission d'avoir achevé et adopté la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics[2] et la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge[3];

3. *Prend note avec intérêt* des progrès que la Commission a réalisés dans l'élaboration des normes juridiques sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique et le commerce électronique, en particulier compte tenu des conclusions du colloque tenu en février 2011, l'interprétation et l'application de certaines notions de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[4] en rapport avec le centre des intérêts principaux, et d'un projet de texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[5];

4. *Se félicite* que la Commission ait décidé d'élaborer un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur la passation des marchés publics de la façon la plus efficace et la plus pragmatique possible, de procéder à l'étude des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans le domaine des partenariats entre secteur public et secteur privé et des projets d'infrastructure à financement privé, d'entreprendre le sujet des documents transférables électroniques, d'élaborer avec la Banque mondiale, dans la limite des ressources disponibles et sans utiliser celles des groupes de travail, un projet de principes sur les régimes efficaces d'opérations garanties, et d'inscrire la microfinance au programme de ses travaux futurs pour l'examiner à sa prochaine session, en 2012[6];

5. *Prend note avec satisfaction* de la décision de la Commission de recommander l'utilisation de la version révisée de 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale, selon qu'il conviendra, dans les opérations assorties de garanties sur demande[7];

6. *Prend également note avec satisfaction* des progrès accomplis par la Commission dans son projet de suivi de l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958[8], et de sa décision de prier le Secrétariat de poursuivre l'élaboration d'un guide sur la Convention[9];

7. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit

---

2 Ibid., chap. III et annexe I.

3 Ibid., chap. IV.

4 *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3), première partie.

5 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), chap. V à IX.

6 Ibid., chap. III, par. 181 à 187, 190 et 191; chap. VIII, par. 228; et chap. IX et X.

7 Ibid., chap. XI.

8 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

9 *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), chap. XII.

commercial international, pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales qui s'occupent de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles, ainsi que pour promouvoir l'état de droit aux échelons national et international dans ce domaine et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

8. *Constate avec satisfaction* que les activités de coordination et de coopération que mène la Commission dans le domaine des sûretés ont bien avancé et, en particulier, que la Commission a approuvé un document corédigé par son secrétariat, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé et le secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé avec le concours d'experts extérieurs, intitulé "Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties"[10], et qu'elle a demandé qu'il soit diffusé le plus largement possible, notamment en tant que publication des Nations Unies, et que l'apport du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé et du secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé soit reconnu comme il se doit[11];

9. *Constate* que la Commission a jugé qu'il était dans l'intérêt de tous les États d'aborder le droit applicable aux effets de la cession de créances sur la propriété selon une démarche coordonnée et qu'elle a demandé au Secrétariat de coopérer étroitement avec la Commission européenne afin de coordonner leurs travaux sur le sujet, compte tenu de la démarche suivie pour la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[12] et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*[13];

10. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance et de la coopération techniques en matière de développement et de réforme du droit commercial international et, à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance et de coopération techniques, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenaires parmi les États et les acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance et de coopération techniques et d'avoir aidé à l'élaboration de textes législatifs dans le domaine du droit commercial international, et appelle l'attention du Secrétaire général sur le peu de ressources disponibles dans ce domaine;

c) Prend note avec intérêt de la conception globale de la coopération et de l'assistance techniques de la Commission, qui se fonde sur le cadre stratégique des

---

[10] Voir A/CN.9/720.

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 278 à 283.

[12] Résolution 56/81, annexe.

[13] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

activités d'assistance technique proposé par le Secrétariat pour faire adopter universellement les textes de la Commission et faire connaître ceux qu'elle a récemment adoptés[14];

d) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis de réaliser les activités d'assistance et de coopération techniques, et leur demande, ainsi qu'aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux particuliers intéressés, de verser une contribution volontaire au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, de financer des projets spéciaux s'il y a lieu et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance et de coopération techniques, en particulier dans les pays en développement;

e) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance et de coopération techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, en considération de l'utilité et de l'importance de ses travaux et de ses programmes pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la réalisation du programme de développement de l'Organisation des Nations Unies, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

11. *Invite* les États Membres, les États non membres, les organisations observatrices et le Secrétariat à appliquer le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission, compte tenu du relevé des conclusions figurant à l'annexe III de son rapport sur les travaux de sa quarante-troisième session[15], pour garantir l'excellence des travaux de la Commission et l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a adoptées sur la question;

12. *Se félicite* que la Commission ait décidé de créer, selon les dispositions réglementaires de l'Organisation des Nations Unies et le processus d'approbation interne du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat, un centre régional pour l'Asie et le Pacifique qui se situera en République de Corée, étape initiale mais importante des activités d'information et d'assistance technique de la Commission visant les pays en développement de la région, étant entendu que cette présence régionale ne pourra compter que sur des ressources extrabudgétaires, notamment les contributions volontaires des États; remercie le Gouvernement de la République de Corée du généreux concours qu'il apporte à ce projet pilote; et prie le Secrétaire général de la tenir informée de la progression de la mise en place des centres régionaux, notamment du Centre régional pour l'Asie et le Pacifique en République de Corée, et en particulier de leur financement et de leur situation budgétaire[16];

---

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), chap. XIII.

[15] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17).

[16] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 262 à 270.

13. *Demande* aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, aux institutions et aux particuliers intéressés, de verser des contributions volontaires au fonds d'affectation spéciale créé pour financer l'aide accordée au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, afin que cette aide puisse de nouveau être accordée et qu'ainsi les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à accroître les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de leur pays d'origine et à favoriser par là le développement du commerce international et l'investissement étranger;

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

15. *Partage* la conviction de la Commission que la promulgation et l'application effective de règles de droit privé modernes dans la sphère du commerce international sont indispensables à la bonne gouvernance, au développement économique soutenu et à l'élimination de la pauvreté et de la faim, et que la promotion du principe de légalité dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par l'intermédiaire du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, avec l'appui du Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général;

16. *Se félicite* qu'une table ronde sur le rôle de la Commission dans la promotion de l'état de droit en période de conflit ou d'après conflit ait été organisée pendant la quarante-quatrième session de la Commission et prend note de l'intérêt particulier que présentent les instruments et les ressources de celle-ci pour l'instauration d'un contexte économique durable propice à la reconstruction après les conflits et pour la prévention du risque que les sociétés ne rebasculent dans un conflit;

17. *Constate* qu'à l'issue de la table ronde la Commission a jugé que l'insuffisance des ressources oblige à trouver des solutions originales pour que l'on recoure à ses instruments et à ses moyens dès le début d'une opération de relèvement entreprise après un conflit par l'Organisation des Nations Unies et d'autres donateurs, et qu'il fallait faire savoir plus largement qu'elle s'occupait aussi des éléments de base de l'activité commerciale et pouvait donc prêter un concours réel et immédiat aux sociétés sortant d'un conflit[17];

18. *Prie de nouveau* le Secrétaire général, conformément à ses résolutions pertinentes concernant la documentation[18] où elle a en particulier souligné que le fait qu'il ait été demandé d'abréger les documents chaque fois que cela était possible ne devait pas nuire à la qualité de leur présentation ou de leur contenu, de

---

[17] Ibid., par. 318 et 319.

[18] Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

prendre en considération la singularité du mandat et des fonctions de la Commission dans le développement progressif et la codification du droit commercial international quand il applique à la documentation de celle-ci les règles limitant le nombre de pages[19];

19. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances que la Commission et les comités pléniers qu'elle met en place pour la durée de sa session annuelle consacrent à l'élaboration de textes normatifs, et engage la Commission à examiner la question à sa prochaine session en se fondant sur un rapport qu'établira le Secrétariat[20];

20. *Réaffirme* qu'il est nécessaire d'assurer la participation la plus large possible aux sessions de la Commission et, à cet égard, prend note des raisons qui justifient l'alternance du lieu de ces sessions: l'équilibre proportionnel des frais de voyage entre délégations, l'influence et la présence de la Commission au niveau mondial, et la prise en compte des besoins des pays en développement, dont beaucoup ne disposent pas d'une représentation à Vienne; constate que la Commission a conclu qu'il fallait tout faire, sans supprimer cette alternance, pour trouver d'autres moyens de faire droit à ces considérations; et engage les États Membres et le Secrétariat à continuer de revoir leurs méthodes de travail pour en accroître l'efficience et trouver des occasions d'économiser sur le budget[21];

21. *Souligne* l'importance, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial, de l'utilisation des textes issus des travaux de la Commission et, à cette fin, prie instamment les États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier les conventions ou d'y adhérer, de promulguer les lois types et de favoriser l'utilisation des autres textes pertinents;

22. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, dont celui ayant trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[22], celui consacré à la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'arbitrage commercial international[23] et celui relatif à la Loi type sur l'insolvabilité internationale, ouvrages qui doivent concourir à la diffusion d'informations sur les textes en question et favoriser leur utilisation, leur adoption en droit interne et leur interprétation uniforme.

82e séance plénière
9 décembre 2011

---

[19] Résolutions 59/39, par. 9, et 65/21, par. 18; voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 124 à 128.

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 333.

[21] Ibid., chap. XXI.

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

[23] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; et ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

66/95. Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et a donné pour objectif à celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Notant que les marchés représentent une fraction importante des dépenses publiques de la plupart des États,

Rappelant sa résolution 49/54 du 9 décembre 1994 recommandant l'utilisation de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[1],

Observant que la Loi type de 1994, qui est devenue une importante référence internationale en matière de réforme du droit des marchés, établit des procédures visant à assurer la concurrence, la transparence, l'équité, l'économie et l'efficacité du processus de passation des marchés,

Observant également que, malgré l'utilité largement reconnue de la Loi type de 1994, de nouvelles questions et de nouvelles pratiques sont apparues depuis son adoption, qui justifient sa révision,

Considérant qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission a estimé que la Loi type de 1994 gagnerait à être actualisée pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui découlent de l'utilisation de moyens de communication électronique dans la passation des marchés publics, ainsi que de l'expérience acquise en utilisant la Loi type de 1994 comme base de la réforme du droit, sans toutefois s'écarter des principes fondamentaux qui la sous-tendaient ni modifier celles de ses dispositions dont l'utilité avait été prouvée,

Notant que la révision de la Loi type de 1994 a fait l'objet des délibérations voulues et de consultations étendues avec les gouvernements et les organisations internationales concernées et que l'on peut ainsi s'attendre à ce que la Loi type révisée, qui sera dénommée "Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics", soit acceptable pour des États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Notant également que la Loi type révisée devrait contribuer dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé et moderne pour la passation des marchés publics, qui favorise l'économie, l'efficacité et la concurrence tout en assurant l'intégrité, la confiance, l'équité et la transparence dans le processus de passation des marchés,

Convaincue que la Loi type révisée aidera sensiblement tous les États, en particulier les pays en développement et les pays dont l'économie est en transition, à

---

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

améliorer leur législation en vigueur en matière de passation de marchés ou à élaborer une telle législation lorsqu'il n'en existe pas, et qu'elle contribuera au développement de relations économiques internationales harmonieuses et au renforcement du développement économique,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir élaboré et adopté le projet de loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la passation des marchés publics[2];

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la Loi type aux gouvernements et aux autres organes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser la Loi type lorsqu'ils évalueront leur régime juridique relatif à la passation de marchés publics et de s'en inspirer de préférence lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leur législation en la matière;

4. *Préconise* un resserrement de la collaboration et de la coordination entre la Commission et les autres organisations et organes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de la réforme du droit des marchés, en vue d'éviter des doubles emplois ou des incohérences et contradictions regrettables dans la modernisation et l'harmonisation du droit des marchés publics;

5. *Approuve* les efforts que le secrétariat de la Commission a déployés et les initiatives qu'il a prises pour accroître la coopération en matière de réforme des marchés publics et la coordination des activités juridiques dans ce domaine.

82e séance plénière
9 décembre 2011

---

[2] Ibid., *soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 192 et annexe I.

66/96. Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et a chargé celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Notant que, à une époque où particuliers et entreprises mènent leurs activités commerciales au niveau mondial et ont des actifs et des intérêts dans plus d'un État, la gestion efficace de leur insolvabilité exige, aux fins de la surveillance et de l'administration de ces actifs et de ces affaires, une coopération et une coordination internationales,

Estimant que la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[1] contribue dans une grande mesure à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour administrer efficacement l'insolvabilité internationale et faciliter la coopération et la coordination,

Consciente que la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale et les moyens d'appliquer la Loi type en pratique sont assez mal connus,

Convaincue que la mise à disposition d'informations facilement accessibles sur l'interprétation de la Loi type et les pratiques actuelles en la matière que les juges saisis d'affaires d'insolvabilité pourront consulter et utiliser est susceptible de promouvoir une plus large utilisation et une meilleure compréhension de la Loi type et de faciliter la coopération et la coordination judiciaires internationales, évitant ainsi retards et frais inutiles,

Notant avec satisfaction que le 1er juillet 2011, lors de sa quarante-quatrième session, la Commission a achevé l'élaboration du texte Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge[2] et l'a adopté,

Notant que l'établissement du texte sur le point de vue du juge a fait l'objet de consultations avec les gouvernements, les juges et les autres praticiens de l'insolvabilité,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé l'élaboration du texte de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge et de l'avoir adopté[2];

---

[1] *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation* (publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3), première partie.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 198.

2. *Demande* au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies de créer un mécanisme qui permette d'actualiser en permanence le texte sur le point de vue du juge avec la même souplesse qu'il a été établi en veillant à ce qu'il garde sa neutralité et continue de répondre à son objectif déclaré;

3. *Prie* le Secrétaire général de publier le texte sur le point de vue du juge, y compris en version électronique, tel qu'actualisé ou modifié de temps à autre en application du paragraphe 2 de la présente résolution, et de le transmettre aux gouvernements en leur demandant de le mettre à la disposition de leurs autorités compétentes afin qu'il soit largement disponible et connu;

4. *Recommande* que les juges, praticiens de l'insolvabilité et autres intervenants dans les affaires d'insolvabilité internationale tiennent dûment compte, le cas échéant, du texte sur le point de vue du juge;

5. *Recommande également* que tous les États envisagent d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale[1].

82e séance plénière
9 décembre 2011

66/102. L'état de droit aux niveaux national et international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 65/32 du 6 décembre 2010,

Réaffirmant son attachement aux buts et aux principes consacrés dans la Charte des Nations Unies et au droit international, fondements essentiels d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste, et se déclarant de nouveau résolue à en promouvoir le strict respect et à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier,

Réaffirmant que les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et font partie des valeurs et des principes fondamentaux, universels et indissociables de l'Organisation des Nations Unies,

Réaffirmant également la nécessité de faire universellement instaurer et respecter l'état de droit aux niveaux national et international, et son engagement solennel en faveur d'un ordre international fondé sur l'état de droit et le droit international, ce qui, avec les principes de la justice, est essentiel à la coexistence pacifique et à la coopération entre les États,

Convaincue que la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international est indispensable à une croissance économique soutenue, au développement durable, à l'élimination de la pauvreté et de la faim et à la protection de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales, et sachant que la sécurité collective appelle une coopération efficace, dans le respect de la Charte et du droit international, contre les menaces transnationales,

Réaffirmant que tous les États doivent s'abstenir, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et principes des Nations Unies et qu'ils doivent régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger, conformément au Chapitre VI de la Charte, et demandant aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de reconnaître la juridiction de la Cour internationale de Justice, conformément au Statut de celle-ci,

Convaincue que la promotion et le respect de l'état de droit aux niveaux national et international ainsi que la justice et la bonne gouvernance doivent guider l'action de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres,

Rappelant l'alinéa *e* du paragraphe 134 du Document final du Sommet mondial de 2005[1],

1. *Prend acte* du rapport annuel du Secrétaire général sur le renforcement et la coordination de l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit[2];

2. *Réaffirme* le rôle qui est le sien dans la promotion du développement progressif du droit international et de sa codification, et réaffirme également que les

---

[1] Voir résolution 60/1.

[2] A/66/133.

États doivent respecter toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international;

3. *Réaffirme également* qu'il est impératif de maintenir et de promouvoir l'état de droit au niveau international conformément aux principes consacrés dans la Charte;

4. *Se félicite* du dialogue initié par le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit avec les États Membres sur le thème "Promotion de l'état de droit au niveau international", et demande que ce dialogue se poursuive pour soutenir l'état de droit au niveau international;

5. *Souligne* qu'il importe de respecter l'état de droit au niveau national et qu'il faut aider davantage les États Membres qui en font la demande à exécuter au plan national les obligations internationales auxquelles ils ont souscrit en augmentant l'assistance technique et le renforcement des capacités sur la base d'une coordination et d'une harmonisation accrues au sein du système des Nations Unies et entre les donateurs, et appelle de nouveau à mieux évaluer l'efficacité de ces activités, y compris les mesures susceptibles d'améliorer l'efficacité de ces activités de renforcement des capacités;

6. *Demande* à cette fin que le dialogue se renforce entre toutes les parties intéressées de sorte que l'assistance en matière d'état de droit soit fournie dans une perspective nationale, consolidant ainsi le processus d'appropriation nationale;

7. *Demande* aux organismes des Nations Unies de se pencher systématiquement, selon que de besoin, sur les aspects de l'état de droit dans les activités pertinentes, y compris la participation des femmes aux activités liées à l'état de droit, en reconnaissant l'importance de l'état de droit dans pratiquement tous les domaines d'intervention des Nations Unies;

8. *Exprime son plein appui* au rôle de coordination et d'harmonisation que joue dans le système des Nations Unies, dans les limites de ses attributions actuelles, le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général, sous la direction de la Vice-Secrétaire générale;

9. *Prie* le Secrétaire général de lui présenter en temps opportun son prochain rapport annuel sur l'action des Nations Unies dans le domaine de l'état de droit, conformément au paragraphe 5 de sa résolution 63/128 du 11 décembre 2008;

10. *Considère* que restaurer la confiance dans l'état de droit est un élément clef de la justice transitionnelle;

11. *Engage* le Secrétaire général et les organismes des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit;

12. *Invite* la Cour internationale de Justice, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la Commission du droit international à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elles lui soumettent, de ce qu'elles font actuellement pour promouvoir l'état de droit;

13. *Invite* le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit et le Groupe de l'état de droit à continuer de s'entretenir périodiquement avec les États Membres, notamment dans le cadre d'échanges informels;

14. *Souligne* qu'il faut mettre à la disposition du Groupe de l'état de droit les ressources financières et humaines qui lui sont nécessaires pour s'acquitter effectivement et durablement de ses fonctions, et prie instamment le Secrétaire général et les États Membres de continuer d'assurer le fonctionnement du Groupe;

15. *Rappelle* sa décision de tenir une réunion de haut niveau sur "L'état de droit aux niveaux national et international" au cours du débat de haut niveau de sa soixante-septième session, et arrête à cet égard les modalités suivantes:

a) La réunion de haut niveau se tiendra en séances plénières le lundi 24 septembre 2012;

b) Le Président de l'Assemblée générale, le Secrétaire général, le Président de la Cour internationale de Justice, le Président du Conseil de sécurité, la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, l'Administratrice du Programme des Nations Unies pour le développement, le Directeur exécutif de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, le Président de la Commission du droit international, les États Membres et les observateurs, ainsi qu'un nombre limité de représentants d'organisations non gouvernementales actives dans le domaine de l'état de droit[3], seront invités à prendre la parole lors des séances plénières;

c) Le Président de l'Assemblée générale établira une liste de représentants d'organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif auprès du Conseil économique et social qui participeront à la réunion de haut niveau;

d) Le Président de l'Assemblée générale établira, afin qu'ils participent à la réunion de haut niveau, une liste de représentants d'organisations de la société civile, y compris d'organisations non gouvernementales actives dans le domaine de l'état de droit et, tenant compte du principe d'une représentation géographique équitable, soumettra cette liste aux États Membres afin qu'ils l'examinent sans pouvoir y formuler d'objection;

16. *Décide* que la réunion de haut niveau donnera lieu à l'établissement d'un document concis et prie le Président de l'Assemblée générale d'en établir un projet, en consultation avec les États Membres, et d'organiser le moment venu des consultations informelles ouvertes à tous pour que les États Membres disposent de suffisamment de temps avant la réunion pour examiner ce projet et parvenir à un accord;

17. *Prie* le Président de l'Assemblée générale, en consultation avec les États Membres, de mettre la dernière main à l'organisation des séances, notamment en établissant la liste des orateurs pour la réunion de haut niveau, compte tenu de la durée de celle-ci, du niveau de représentation, du principe d'une représentation géographique équitable et de la nécessité de faire en sorte que tous les orateurs inscrits sur la liste puissent prendre la parole;

18. *Prie* le Secrétaire général de présenter, en mars 2012 au plus tard, un rapport aux États Membres pour préparer la réunion de haut niveau;

19. *Décide* d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-septième session la question intitulée "L'état de droit aux niveaux national et international";

---

[3] Qui prendront la parole en l'absence d'objection conformément à la pratique antérieure.

20. *Invite* les États Membres et le Secrétaire général à proposer pour inclusion dans le prochain rapport annuel des sous-thèmes pour les débats futurs de la Sixième Commission, afin d'aider celle-ci à faire des choix à cet égard.

82e séance plénière
9 décembre 2011

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS EXAMINÉS PAR LA COMMISSION

I. ARBITRAGE ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010) (A/CN.9/712)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Organisation de la session 5-12

III. Délibérations et décisions 13

IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités 14-100

A. Remarques générales 16-21

B. Forme d'une norme juridique sur la transparence 22-30

1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux 24-29

2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur 30

C. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence 31-75

1. Publicité de l'ouverture d'une procédure arbitrale 32-39

2. Documents à publier 40-45

3. Conclusions présentées par des tiers ("*amici curiae*") dans une procédure arbitrale 46-51

4. Audiences 52-60

a) Publicité des audiences 52-57

b) Transcriptions des audiences 58-59

c) Participation de tiers ("*amici curiae*") aux audiences 60

5. Publication des sentences arbitrales 61-66

6. Exceptions possibles aux règles sur la transparence 67-72

7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre") 73-75

D. Forme d'une norme juridique sur la transparence 76-100

1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux 78-94

a) Traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux futurs 79-84

b) Traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux existants 85-94

2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur 95-100

V. Questions diverses 101-103

A. Préparatifs de la prochaine session du Groupe de travail 101

B. Questions à examiner par la Commission dans le cadre de travaux possibles dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités . 102-103

I. Introduction

1. La Commission a examiné la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008). À cette session, elle est convenue qu'il ne serait pour l'heure pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (le "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou le "Règlement") lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser à l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle est convenue par principe que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Une délégation a présenté des observations écrites à ce sujet (A/CN.9/662) et une déclaration a également été faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. La Commission a généralement estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence était un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et devrait être examinée à l'avenir. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69) y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen de la question de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités par le Groupe à une session future, la Commission a demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États membres à fournir au Secrétariat de nombreuses informations sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On a insisté sur le fait que, lors de la composition des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'efforcer de réunir les meilleurs spécialistes du droit des traités et de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[1].

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session, que

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait examinée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet. Elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à cette même session, le Secrétariat avait transmis aux États un questionnaire sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail[2]. Ces réponses sont reproduites dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs.

3. À la quarante-troisième session de la Commission, on a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager d'entreprendre des travaux sur les questions qui se posaient plus généralement lors des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont la Commission était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait identifier d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux. Il a été convenu que toute question ainsi identifiée pourrait être portée à l'attention de la Commission à sa prochaine session, en 2011[3].

4. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.158, aux paragraphes 5 à 11, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-troisième session à Vienne du 4 au 8 octobre 2010. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après[4]: Afrique du Sud (2013), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bélarus (2011), Bolivie (État plurinational de) (2013), Botswana (2016), Brésil (2016), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Égypte (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), France (2013), Grèce (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Malaisie (2013), Maurice (2016), Mexique (2013), Norvège (2013), Ouganda (2016), Paraguay (2016), Philippines (2016), Pologne (2012), République de Corée (2013),

---

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

[3] Ibid., par. 191.

[4] Les six États membres suivants, élus par l'Assemblée générale le 3 novembre 2009, ont décidé de siéger en alternance jusqu'en 2016, comme suit: Bélarus (2010-2011, 2013-2016), République tchèque (2010-2013, 2015-2016), Pologne (2010-2012, 2014-2016), Ukraine (2010-2014), Géorgie (2011-2015) et Croatie (2012-2016).

République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Croatie, Équateur, Finlande, Hongrie, Indonésie, Iraq, Pays-Bas, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Togo et Yémen.

7. Y ont aussi pris part des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Banque mondiale, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO).

8. Ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Bureau d'observateur permanent de la Ligue des États arabes à Vienne, Centre du commerce international (CNUCED/OMC), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique et Union européenne.

9. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre belge d'arbitrage et de médiation, Centre international d'arbitrage de Vienne de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Chambre d'arbitrage de Milan, Comité français de l'arbitrage (CFA), Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial, Conseil des Barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération interaméricaine des avocats, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), International Insolvency Institute, International Law Institute, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration (RCICAL), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres.

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

Président: M. Salim Moollan (Maurice)

Rapporteuse: Mme Isabel Soares da Costa (Brésil)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.158); b) notes du Secrétariat relatives à l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et

États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs; et A/CN.9/WG.II/WP.160 et son additif).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs; et A/CN.9/WG.II/WP.160 et son additif). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur le point 5 de l'ordre du jour, "Questions diverses", au chapitre V.

IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

14. Le Groupe de travail a rappelé la discussion tenue à la quarante et unième session de la Commission, durant laquelle cette dernière est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence[5]. Il a également rappelé que son mandat, défini par la Commission à sa quarante-troisième session et mentionné aux paragraphes 2 et 3 ci-dessus, devait se limiter à l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités[6].

15. Le Groupe de travail a procédé à sa présente session à une discussion préliminaire et générale, sans tenter à ce stade de parvenir à un consensus. Il s'agissait de cerner les questions à examiner à la session suivante du Groupe de travail.

---

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

[6] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190 et 191.

A. Remarques générales

16. Des remarques générales ont été faites concernant le contexte de politique générale dans lequel se posait la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a été dit que la discussion sur la nécessité d'assurer la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités devrait être envisagée dans le contexte de l'investissement étranger direct comme outil pour la croissance durable à long terme des pays en développement. Entre autres choses, il a été dit que l'investissement étranger direct contribuait à renforcer les capacités de production et à améliorer les infrastructures des pays; à améliorer l'accès à des services essentiels tels que l'eau, l'éducation et les soins de santé, notamment au bénéfice des pauvres et des marginalisés; et qu'il pouvait aussi générer des retombées en stimulant la demande et l'esprit d'entreprise du pays. Il a été ajouté que cela pouvait entraîner dans le pays un cercle vertueux d'augmentation de l'emploi et de la demande et, à terme, une croissance économique soutenue.

17. Il a été dit qu'en plus de contribuer à l'objectif général de promotion du développement durable au moyen du droit international de l'investissement, la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et la possibilité réelle pour le public de participer à ces arbitrages étaient un moyen de promouvoir l'état de droit, la bonne gouvernance, les garanties d'une procédure régulière, l'honnêteté, l'équité et le droit d'accéder à l'information. Elles étaient aussi considérées comme une mesure importante s'agissant de faire face aux difficultés croissantes concernant la légitimité du droit international de l'investissement et de l'arbitrage en matière d'investissements internationaux en tant que tels. Il a été dit que ces difficultés étaient notamment les suivantes: une augmentation du nombre d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et notamment du nombre de demandes abusives; une hausse des montants des dommages-intérêts octroyés; une incohérence croissante des sentences, accompagnée de préoccupations concernant le manque de prévisibilité et de stabilité juridique; et des incertitudes concernant la manière dont le système de règlement des litiges entre investisseurs et États s'articulait avec d'importantes considérations d'ordre public. Il a été dit que des normes juridiques renforçant la transparence permettraient à la population de mieux comprendre le processus et d'en renforcer la crédibilité générale.

18. Il a été dit que le fait que des organes, institutions et entités des Nations Unies, dont le Représentant spécial du Secrétaire général sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, s'employaient à promouvoir la transparence et à faire face aux problèmes de légitimité posés par le système de règlement des différends relatifs aux investissements montrait que la transparence et l'ouverture étaient l'expression de valeurs essentielles des Nations Unies telles que les droits de l'homme, la bonne gouvernance et l'état de droit.

19. Le Groupe de travail est convenu dans son ensemble qu'il était souhaitable de traiter de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui différait de l'arbitrage purement privé, où la confidentialité était une caractéristique essentielle. Conformément aux principes de bonne gouvernance, les activités des États devraient être soumises à des exigences fondamentales de

transparence et d'accès du public. L'avis a été exprimé que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pouvait comporter des questions d'ordre public et risquait d'entraîner d'importantes dépenses de fonds publics. À cet égard, il a été dit que certains traités d'investissement contenaient déjà des dispositions relatives à la transparence.

20. Il a été souligné que le Règlement de la CNUDCI était le plus utilisé pour résoudre les litiges entre investisseurs et États après celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Il a été dit qu'on avait modifié les règlements du CIRDI en 2006 pour les rendre plus transparents et permettre l'accès du public aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

21. Il a été dit qu'un trait essentiel de l'arbitrage était son caractère consensuel et qu'il convenait de garder cet élément à l'esprit lorsqu'on examinait la forme et la teneur d'une norme sur la transparence. Des réserves ont été émises à l'égard de toute norme qui chercherait à imposer la transparence comme une règle obligatoire, compte tenu du caractère ad hoc de l'arbitrage mené conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Certaines délégations ont aussi noté qu'il fallait garder à l'esprit l'efficacité et l'efficience de la procédure de règlement des litiges lorsqu'on examinait sur le fond la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

B. Forme d'une norme juridique sur la transparence

22. Le Groupe de travail a ensuite examiné plus généralement le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, et les diverses formes qu'elle pourrait prendre. D'autres discussions sur la question se sont tenues à un stade ultérieur de la session (voir par. 76 à 100 ci-après).

23. Il a été dit que le règlement des différends en vertu de traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux ("traités d'investissement") présentait des particularités qui pourraient amener les tribunaux arbitraux à étudier de près les activités législatives, administratives ou même judiciaires d'un État. En outre, les décisions des tribunaux arbitraux n'étaient généralement pas susceptibles d'appel. Sauf dans les procédures menées en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ("Convention du CIRDI"), les sentences arbitrales avaient force exécutoire dans les conditions énoncées par la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York"). Il a été souligné que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités avait des incidences considérables et différait donc par nature des autres formes d'arbitrage commercial international. Il a également été dit que, lorsqu'on examinait la forme d'une norme juridique sur la transparence, dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités, il fallait garder à l'esprit la nécessité de tenir compte de deux niveaux distincts de consentement: le consentement entre les États, parties au traité d'investissement, et le consentement entre l'État hôte et l'investisseur, parties à l'arbitrage.

1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux

24. Une des possibilités évoquées était que le Groupe de travail envisage de définir un ensemble de règles sur la transparence, à caractère normatif, qui seraient incorporées dans les traités d'investissement conclus entre États. Il a été signalé qu'à ce niveau l'expérience avait montré qu'en dépit de l'existence de traités d'investissement types, les clauses étaient négociées au cas par cas et différaient généralement du modèle initial. Il a donc été dit qu'il pourrait être approprié de rédiger des clauses types, que les États pourraient inclure dans leurs traités d'investissement. Selon cette approche, une norme sur la transparence ne s'appliquerait que si les États en décidaient ainsi. Il leur appartiendrait donc de décider s'ils modifiaient leurs traités d'investissement existants pour y inclure ces normes, et d'incorporer les dispositions pertinentes dans leurs traités d'investissement futurs.

25. Certaines délégations ont proposé de limiter l'examen d'une norme juridique sur la transparence à un ensemble de règles ou de clauses types qui pourraient être incorporées dans les traités d'investissement, d'autres estimant que cette option devrait être remplacée ou complétée par l'adoption d'une norme juridique, prenant par exemple la forme de principes directeurs et applicable en cas de différend entre un investisseur et un État.

26. Il a été suggéré de rédiger une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui s'appliquerait si l'investisseur et l'État hôte partie à l'arbitrage en décidaient ainsi ou si le traité d'investissement prévoyait son application. Il a été dit que les normes juridiques sur la transparence auraient plus d'effet si elles étaient liées au Règlement. Divers avis ont été exprimés sur la question de savoir si une telle annexe devrait être facultative ou obligatoire et si des mécanismes d'option positive ou négative devraient être prévus. Il a été convenu que ces questions devraient être examinées plus avant.

27. Des questions ont été posées à propos de l'effet contraignant que des normes juridiques sur la transparence pourraient avoir sur les dispositions des traités d'investissement relatives à l'arbitrage faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en particulier sur celles ne précisant pas la version applicable du Règlement. Il a été dit que la plupart des traités d'investissement indiquaient que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'appliquait, sans autre précision. À cet égard, il a été dit que l'application automatique d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement conclus avant l'adoption de ces normes pourrait être contraire au droit international public et au principe fondamental du consentement dans l'arbitrage international.

28. Selon un autre avis, il importait de veiller à ce que toute norme juridique sur la transparence s'applique à tous les traités d'investissement existants, et il a été proposé d'élaborer des solutions créatives pour assurer l'application universelle d'une telle norme. À cet égard, il a été noté que le paragraphe 2 de l'article premier de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposait que le Règlement de 2010 était présumé s'appliquer lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue après le 15 août 2010, mais que cette présomption ne s'appliquait pas lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date. Il a également été noté que cette modification avait été apportée au paragraphe 2 de l'article premier pour tenir

compte de l'effet d'une application rétroactive et imprévisible (voir document A/CN.9/646, par. 76) et le Groupe de travail a indiqué qu'il fallait élaborer des solutions cohérentes à cet égard.

29. Il a été dit que l'élaboration d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui ne s'appliquerait qu'aux arbitrages relatifs aux investissements pourrait soulever des difficultés concernant la définition de ce type d'arbitrage (régi par cette annexe) par rapport à d'autres types d'arbitrage (auxquels elle ne s'appliquerait pas), et que cette question devrait également être examinée plus avant.

2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur

30. S'agissant de la relation entre l'État hôte et l'investisseur, le Groupe de travail a considéré qu'il faudrait prendre à un stade ultérieur une décision de principe quant à savoir si l'investisseur devrait avoir la possibilité de rejeter une offre de recourir à un arbitrage en vertu des normes juridiques sur la transparence.

C. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence

31. Le Groupe de travail a commencé à examiner le contenu possible d'une norme juridique qui serait élaborée concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a été généralement convenu que les questions de fond à examiner à cet égard seraient les suivantes: publicité de l'ouverture des procédures arbitrales; documents à publier (tels que les actes de procédures, les ordonnances de procédure et les pièces justificatives); documents soumis par des tiers ("*amici curiae*") durant les procédures; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées ("registre").

1. Publicité de l'ouverture d'une procédure arbitrale

32. Certaines délégations ont déclaré que la publication d'informations sur l'ouverture d'une procédure arbitrale était une mesure importante pour assurer la transparence et donner tout leur sens aux autres dispositions en la matière. Le Groupe de travail a entendu un échange de vues préliminaires sur les conditions de la publicité de l'ouverture des procédures.

33. Différents points de vue ont été exprimés concernant les informations qu'il convenait de rendre publiques à ce stade initial de la procédure, en particulier sur la question de savoir si celles-ci devaient se limiter à l'existence du litige, ou s'il fallait publier également la notification d'arbitrage. Il a été suggéré que la notification d'arbitrage, qui déclenchait l'ouverture de la procédure en application de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit rendue publique. On s'est inquiété de ce que la publication de la notification d'arbitrage n'était peut-être pas suffisante pour fournir des informations équilibrées sur l'affaire. Elle pouvait en outre soulever diverses questions concernant notamment la protection d'informations confidentielles ou sensibles et les risques de demandes abusives. Il a été suggéré que des informations préliminaires sur les parties impliquées, leur nationalité et le secteur économique concerné pourraient suffire. On a donné l'exemple des informations publiées par le secrétariat du CIRDI. Il a été souligné

qu'en ce qui concerne les arbitrages régis par la Convention du CIRDI, le Secrétariat ne rendait pas publique la notification d'arbitrage et affichait sur son site Web, après enregistrement, le nom et l'objet de l'affaire ainsi que sa date d'enregistrement, conformément à la Convention.

34. Plusieurs avis ont été exprimés sur la question de savoir si les informations devraient être rendues publiques une fois la procédure engagée au moment où la notification d'arbitrage était reçue, ou au moment où le tribunal arbitral était constitué. Il a été jugé important d'informer rapidement le public de l'existence d'une procédure afin qu'il ait connaissance des étapes de la procédure arbitrale. Il a été dit que, d'un point de vue pratique, il n'était pas souhaitable de publier prématurément des informations, étant donné qu'aucun tribunal arbitral n'était encore constitué au moment de la notification d'arbitrage et qu'il était encore possible que la procédure n'ait pas lieu. Selon certains avis, il était peut-être préférable que les informations soient publiées une fois le tribunal arbitral constitué, de manière à garantir leur fiabilité.

35. Quant à savoir qui serait chargé de prendre l'initiative de rendre publique l'ouverture d'une procédure, divers points de vue ont été exprimés sur le point de savoir si cette responsabilité incombait à l'État d'accueil ou à l'investisseur. Il a été dit que les parties pourraient publier conjointement les informations, dès lors qu'elles y consentaient.

36. Le Groupe de travail est convenu de continuer d'examiner plus avant si la publication d'informations à ce stade devrait être obligatoire et, dans l'affirmative, si le non-respect devrait être passible de sanctions. Il a été suggéré que si l'obligation de publicité incombait aux parties et si celles-ci ne s'en acquittaient pas, elle pourrait alors être transférée au tribunal arbitral. En réponse à cette proposition, il a été dit que le tribunal arbitral n'aurait pas les moyens pratiques de s'en charger. On a également demandé comment il convenait de réagir si les parties convenaient de ne pas communiquer d'informations bien qu'elles y soient tenues en vertu des dispositions applicables.

37. S'agissant de la manière dont la publicité pourrait être organisée, plusieurs suggestions ont été faites, telles que laisser aux États le soin de publier les informations sur les sites Web des ministères pertinents ou par d'autres voies appropriées dans les pays concernés, ou d'établir un registre central. Concernant la première possibilité, il a été dit que les États n'avaient pas le même degré d'expérience de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Les États expérimentés seraient dotés des circuits permettant de publier ce type d'informations, alors que, pour des États moins expérimentés, cette possibilité serait difficile à mettre en pratique. Concernant la possibilité d'établir un registre central, on a indiqué que les institutions qui pourraient mener cette tâche étaient le secrétariat de la CNUDCI, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ou les autorités de nomination. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen de la question lorsqu'il examinerait la question du lieu de conservation des informations publiées (voir par. 73 à 75 ci-après).

38. Il a également été souligné que la publication des informations sur les sites Web des organisations internationales ne suffirait peut-être pas pour atteindre le degré voulu d'information du public et qu'il faudrait peut-être rendre les informations accessibles sous d'autres formes.

39. Une remarque générale a été faite concernant l'élaboration de dispositions sur la publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale. Il a été déconseillé au Groupe de travail de prévoir des procédures trop détaillées, le non-respect de celles-ci pouvant donner lieu à des contestations fondées sur l'incompatibilité entre la procédure arbitrale et l'accord entre les parties. Il a été suggéré que le Groupe de travail envisage de s'en tenir à une formulation générale dans les dispositions sur la publication afin que celle-ci puisse se faire par tout moyen approprié et efficace. On a également souligné que des dispositions sur la transparence devraient prévoir une règle supplétive en cas de désaccord entre les parties afin d'éviter de long débats sur la question au cours de la procédure arbitrale.

2. Documents à publier

40. Le Groupe de travail a examiné la question des documents qui pourraient être publiés. Différents avis ont été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels, et quelles personnes seraient responsables de leur publication.

41. L'avis a été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou produits par celui-ci devraient être mis à la disposition du public, afin que celui-ci soit informé de la procédure arbitrale et pour permettre à des tiers de soumettre plus facilement des mémoires d'*amicus curiae*. Une ordonnance rendue en l'affaire *Chemtura Corporation* c. *Gouvernement du Canada*[7] et l'Accord type canadien sur la protection de l'investissement étranger ont été cités comme exemples de textes contenant des dispositions relatives à la publication de documents. Il a été suggéré de mettre au point des mécanismes permettant de protéger les informations confidentielles ou sensibles et de régler tout différend qui pourrait survenir entre les parties concernant les informations à protéger. L'objet de tels mécanismes serait de faire en sorte que la transparence ne porte pas injustement préjudice à une partie. À titre d'exemple, il a été expliqué que si la divulgation des documents était généralement autorisée, la partie souhaitant divulguer un document devrait en informer l'autre 20 jours à l'avance. Le document ne serait publié que si les deux parties s'accordaient sur la manière de protéger les informations confidentielles ou si le tribunal arbitral avait résolu la question. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question de la protection des informations confidentielles ou sensibles, ainsi que celle des informations protégées qui ne pouvaient pas être publiées en vertu des lois applicables, à un stade ultérieur de la discussion (voir par. 67 à 72 ci-après).

42. Il a été dit qu'il ne serait pas nécessaire de publier tous les documents, compte tenu en particulier de la nécessité de trouver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt public et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace. À cet égard, il a été estimé que la publication des mémoires serait une tâche lourde mais encore gérable, alors que celle des témoignages et des rapports d'experts risquait de s'avérer coûteuse. Il a donc été proposé de faire une distinction entre, d'une part, les mémoires des parties et ordonnances des tribunaux arbitraux, qui pourraient être publiés et, d'autre part, les autres pièces et éléments de preuve, qui pourraient ne pas l'être. Il a été souligné que d'autres documents étaient

---

[7] *Chemtura Corporation* c. *Gouvernement du Canada*, ordonnance relative à la confidentialité, 21 janvier 2008.

produits par les parties ou par le tribunal arbitral pendant la procédure. Il serait donc aussi possible de classer les documents pertinents en: a) documents officiels soumis au tribunal arbitral; b) pièces, déclarations écrites, rapports d'experts et documents soumis à l'appui des documents officiels; c) décisions et ordonnances du tribunal arbitral; d) procès-verbaux des déclarations et dépositions; et e) communications entre les parties. Il a donc été indiqué qu'il serait préférable de ne pas établir la liste des documents à publier et de prévoir plutôt que tous pourraient être publiés, en laissant au tribunal arbitral le pouvoir d'apprécier lesquels ne le seraient pas, compte tenu de facteurs tels que la charge incombant aux parties d'examiner tous ces documents pour indiquer quelles informations ne devraient pas être divulguées.

43. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il revenait aux parties ou au tribunal arbitral de décider de la publication des documents. Il a été estimé que les parties étaient les mieux placées pour déterminer s'il convenait de publier des documents et qu'elles devraient donc être celles qui prendraient cette décision. À cet égard, il a été dit en outre que l'accord des parties devrait être une condition préalable à la publication des documents. Toutefois, il a été souligné que, comme le montraient le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs, plusieurs États n'avaient pas d'expérience dans ce domaine et qu'il faudrait en tenir compte lors de l'élaboration des dispositions sur la transparence.

44. Selon d'autres avis, le tribunal arbitral devrait décider de la publication des documents au cas par cas. En conséquence, toute disposition sur ce point pourrait prévoir que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou produits par celui-ci devraient être publiés comme le décide le tribunal arbitral. On s'est inquiété de ce que le tribunal arbitral aurait trop de pouvoir et de liberté d'action s'il était le seul à décider en l'absence de lignes directrices. On s'est également inquiété de ce que cette tâche imposerait une charge trop lourde au tribunal. Il a également été suggéré que les parties pourraient aider le tribunal à déterminer quels documents seraient rendus publics et quelles informations il faudrait protéger.

45. Une autre question soulevée portait sur les aspects pratiques de la publication des documents, tels que la langue de publication.

3. Conclusions présentées par des tiers ("*amici curiae*") dans une procédure arbitrale

46. De nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la soumission de conclusions par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*, dans les procédures arbitrales entre un investisseur et un État. Il a été dit que les mémoires d'*amicus curiae* pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et renforçaient la légitimité du processus arbitral.

47. Il a été largement estimé que certains critères de restriction devraient être définis, notamment en ce qui concerne le sujet de ces mémoires, les compétences de l'*amicus curiae*, la pertinence des mémoires pour la procédure, le nombre de pages approprié et le moment où les mémoires pourraient être soumis. À cette fin, il a été proposé que la décision d'autoriser ou non la soumission de tels mémoires soit laissée aux parties, étant donné qu'ils pourraient entraîner des coûts supplémentaires et retarder la procédure. En réponse, il a été dit qu'il ne serait pas judicieux de laisser la décision aux parties, étant donné que les mémoires d'*amicus curiae* étaient souvent favorables à une partie ou même, comme cela avait déjà été le cas, n'étaient

favorables à aucune. On a noté que l'objet de ces mémoires était d'éclairer le tribunal arbitral dans son processus de prise de décision. En conséquence, on a appuyé l'avis selon lequel le tribunal arbitral lui-même devrait jouer un rôle de "garde-fou" et décider si des mémoires d'*amicus curiae* pouvaient être soumis en se fondant sur certains critères. Il a été dit qu'on disposait d'une expérience suffisante de ces critères, notamment dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), avec la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie et les différents modèles de traités bilatéraux d'investissement.

48. Le Groupe de travail a laissé ouverte la question de savoir si le tribunal arbitral aurait toute latitude pour autoriser les mémoires d'*amicus curiae* ou s'il devrait consulter les parties, conformément au caractère consensuel des procédures arbitrales.

49. Il a été fait observer qu'il convenait d'établir une distinction entre deux types d'*amicus curiae* et peut-être de les considérer différemment: d'une part, le tiers pouvant avoir intérêt à contribuer au règlement du différend et, d'autre part, un autre État partie au traité d'investissement en question mais non partie au différend. Il a été souligné qu'un tel État pouvait souvent fournir des informations importantes, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité. En réponse, il a été dit que l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur est ressortissant pourrait soulever des questions liées à la protection diplomatique et appelait un examen attentif. Il a été suggéré que le tribunal arbitral identifie les tiers qui pourraient contribuer au règlement du différend et les invite à l'assister. L'État d'origine de l'investisseur pourrait être l'un de ces tiers.

50. Il a été dit également que le rôle de l'*amicus curiae* devrait être examiné du point de vue des systèmes juridiques nationaux qui connaissaient mal ce concept. À cet égard, il a été demandé si un *amicus curiae* pouvait être considéré comme un expert, ce qui posait la question de la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire. En réponse, il a été dit que le rôle de l'*amicus curiae* était différent de celui d'un expert, étant donné que les experts étaient habituellement nommés par le tribunal arbitral sous certaines conditions d'impartialité et d'indépendance. Le Groupe de travail a pris note de la proposition de définir le terme "*amicus curiae*" et le rôle qu'un *amicus curiae* était censé jouer en précisant qui pourrait être autorisé à comparaître à ce titre, s'il devrait s'agir d'une personne physique ou morale, quels seraient les critères régissant sa participation et si celle-ci devrait être laissée à la décision du tribunal arbitral ou des parties, quelle forme prendraient ses mémoires, ainsi que d'autres aspects pratiques tels que la détermination et la répartition du coût de ses interventions.

51. Dans le contexte plus large de la soumission de conclusions par un *amicus curiae*, on a souligné l'importance de l'accès aux documents, étant donné que la qualité des conclusions des *amici curiae* dépendrait du niveau d'accès aux documents qui leur serait accordé. Eu égard à leur rôle, on s'est demandé s'il faudrait leur accorder un niveau d'accès différent de celui du public.

4. Audiences

a) Publicité des audiences

52. Le Groupe de travail a examiné si les audiences devraient être ouvertes au public. Il a été précisé que par "publicité des audiences" ou "audiences ouvertes au public", le Groupe de travail entendait que le public était autorisé à assister aux audiences mais pas à y participer activement.

53. De nombreuses délégations ont appuyé la publicité des audiences. Il a été dit qu'elle constituait un élément fondamental d'un système transparent qu'il faudrait promouvoir dans l'arbitrage en matière d'investissements internationaux. Il a été dit en outre que la logique qui pourrait justifier l'accès du public aux documents devrait aussi s'appliquer à la publicité des audiences. Celle-ci était considérée comme essentielle pour renforcer la sensibilisation et la confiance du public en ce qui concerne l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

54. Il a été suggéré que toute disposition sur la publicité des audiences contenue dans une norme sur la transparence devrait inverser la règle par défaut figurant au paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et au paragraphe 3 de l'article 28 de la version révisée en 2010 du Règlement, et disposer que les audiences se tiennent en public sauf convention contraire des parties. Le Groupe de travail est convenu que la question du consentement des parties à la publicité des audiences devrait être examinée plus avant à un stade ultérieur.

55. Il a été demandé si la publicité des audiences visait également les médias et l'éventualité que les procédures arbitrales soient diffusées dans le monde entier. Il a été dit que la possibilité d'assister à des audiences publiques dépendrait du lieu où se trouvait le public intéressé et que la diffusion des audiences permettrait l'accès le plus vaste du public. Selon un autre point de vue, si les médias étaient autorisés à assister aux audiences, il faudrait que, comme dans les procédures judiciaires ordinaires, ils ne soient pas autorisés à enregistrer ni à diffuser les débats.

56. Il a été noté que les audiences pouvaient aussi toucher des informations confidentielles ou sensibles et que l'accès du public n'était donc pas souhaitable en tant que règle générale et ne devrait pas être accepté dans tous les cas. À cet égard, il a été dit que, dans certaines circonstances, des mécanismes devraient être mis en place pour limiter l'accès du public aux audiences, et des dispositions logistiques pourraient être prises pour que les audiences se tiennent à huis clos lorsqu'on y traitait d'informations confidentielles ou sensibles. Il a été généralement convenu qu'il serait préférable de laisser le tribunal arbitral libre de décider de tenir les audiences à huis clos dans des circonstances exceptionnelles et au cas par cas. À l'appui de cette idée, il a été dit que le tribunal arbitral était le mieux placé pour trouver un juste équilibre entre l'intérêt du public et des intérêts divergents tels que la nécessité d'assurer le bon déroulement des audiences et d'éviter que le différend ne s'aggrave. Il a été proposé que les décisions du tribunal arbitral sur la publicité des audiences soient prises en consultation avec les parties. Il a été noté que les motifs de tenir une audience à huis clos pourraient être examinés dans le cadre des exceptions possibles aux règles sur la transparence (voir par. 67 à 72 ci-après).

57. Des réserves à caractère général ont été formulées à l'égard de la publicité des audiences, concept considéré comme contraire à la nature même de l'arbitrage, qui, a-t-on dit, était confidentiel et ne permettait pas l'accès de tiers aux audiences. Il a

été dit que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités soulèverait souvent des questions à caractère politique et que la publicité des audiences soumettrait probablement l'État participant à une pression accrue. La participation du grand public risquait donc de ne pas faciliter le règlement du différend mais de le compromettre. Des avis ont été exprimés en faveur du maintien de la règle générale par défaut figurant dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, aux termes de laquelle "sauf convention contraire des parties, les audiences se tiennent à huis clos". Selon un autre avis, les audiences ne devraient pas être publiques mais les transcriptions des débats devraient être accessibles au public après suppression des informations confidentielles ou sensibles.

b) Transcriptions des audiences

58. Il a été généralement convenu que la décision de rendre publiques les transcriptions des audiences dépendrait de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences. Il a été suggéré que dans les cas où les audiences se sont déroulées à huis clos, les transcriptions ne soient accessibles au public que dans des circonstances exceptionnelles où le huis clos avait été décidé pour des raisons logistiques et non pour protéger des informations confidentielles ou sensibles. Dans de telles circonstances, la publication des transcriptions permettrait au public n'ayant pas pu assister aux audiences d'être informé de la teneur des débats. On a fait observer que le fait de rendre les transcriptions accessibles au public renforcerait l'effet positif de la publicité des audiences. À cet égard, une délégation a expliqué que dans un cas où les audiences étaient publiques, sa pratique avait été d'en publier les transcriptions sur Internet.

59. Le Groupe de travail a été informé qu'en ce qui concerne les arbitrages régis par le Règlement du CIRDI, la décision de tenir des audiences publiques était laissée au tribunal arbitral à moins que l'une ou l'autre des parties ne s'y oppose. En revanche, le consentement des parties était nécessaire pour rendre les transcriptions accessibles au public. Il a été dit en outre que la publication des transcriptions était une question généralement laissée à l'État défendeur, au moins dans les affaires régies par l'ALENA, et que le CIRDI n'avait à ce jour publié aucune transcription sur son site Web.

c) Participation de tiers ("*amici curiae*") aux audiences

60. Il a été noté que la pratique générale avait été de permettre à des *amici curiae* de soumettre des conclusions écrites mais pas d'assister aux audiences ni d'y participer activement. Cependant, il a été estimé que la participation d'*amici curiae* ne devrait pas être exclue puisque les tribunaux pourraient dans certains cas vouloir interroger un *amicus curiae* à une audience, et qu'en conséquence toute disposition sur la question devrait comporter un certain degré de discrétion. Comme argument en faveur d'une participation d'*amici curiae* aux audiences, il a été dit qu'un *amicus curiae* avait souvent une connaissance spéciale du sujet sur lequel portait le différend. Il a été expliqué également que les conclusions écrites devraient peut-être dans certains cas être complétées par des explications orales. Il a été dit en outre que la participation d'*amici curiae* aux audiences donnerait davantage de poids à leurs interventions dans le processus, ce qui aurait une incidence positive sur l'image de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. D'un autre côté, il a été noté que dans les procédures régies par l'ALENA pour lesquelles des conclusions

écrites soumises par des *amici curiae* pouvaient être acceptées par le tribunal arbitral, leur participation aux audiences n'avait pas été jugée nécessaire.

5. Publication des sentences arbitrales

61. Le Groupe de travail a examiné la question de la publication des sentences et pris note des dispositions sur la question figurant au paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et au paragraphe 5 de l'article 34 de la version révisée en 2010 du Règlement. Ces deux versions du Règlement disposent en substance que la publication d'une sentence nécessite le consentement de l'ensemble des parties.

62. De nombreuses délégations ont appuyé la création d'une disposition générale selon laquelle les sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités devraient être publiées, ce qui supposait de s'écarter du principe énoncé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été dit que si d'autres documents devaient être publiés, les sentences devraient évidemment l'être aussi. Même si aucun autre document n'était publié, la publication des sentences constituerait un pas décisif dans l'amélioration de la légitimité du processus et la constitution d'une jurisprudence accessible et cohérente. La publication des sentences contribuerait aussi à fournir des informations sur l'interprétation des traités, qui pourraient être utiles aux parties au traité non parties au différend ou même à des parties à d'autres traités.

63. L'avis a été exprimé qu'une disposition sur la question pourrait aussi préciser que les sentences doivent être rendues publiques à moins que les parties à l'arbitrage n'en décident autrement. Il a été suggéré que, le cas échéant, il pourrait toujours être possible de publier des extraits de sentences contenant le raisonnement juridique pertinent, comme le fait le secrétariat du CIRDI. Il a été souligné que tout accord entre les parties aux fins de la confidentialité des sentences susciterait des soupçons de la part du public et qu'à moins que des raisons de sécurité publique ne le commandent, il ne serait pas souhaitable de refuser la publication des sentences.

64. Il a été dit qu'une disposition sur la publication des sentences devrait aussi contenir des règles de protection des informations confidentielles ou sensibles. Il a été expliqué que des difficultés pourraient survenir si le tribunal arbitral devait consulter les parties sur les informations à caractère confidentiel à supprimer du texte de la sentence et que la publication des sentences pourrait donc avoir une incidence sur la manière dont elles seraient rédigées et sur leur contenu. Il a été noté que les raisons d'expurger ou de ne pas publier une sentence pourraient être traitées dans le cadre des exceptions possibles aux règles sur la transparence (voir par. 67 à 72 ci-après).

65. Il a été suggéré d'établir une différence entre les sentences rendues par le tribunal arbitral à différents stades de la procédure et de rendre la publication de la sentence finale obligatoire en laissant la publication des autres sentences à l'appréciation du tribunal arbitral ou des parties. En réponse, il a été dit qu'il n'était pas rare qu'un tribunal arbitral rende des sentences sur différentes questions à différents moments et que le public pourrait être intéressé par chacune d'entre elles. Il a également été suggéré qu'outre la publication des sentences, les dispositions sur la question pourraient permettre la publication des documents mentionnés dans les

sentences, en particulier si ces documents n'avaient pas été publiés antérieurement et ne revêtaient plus de caractère sensible.

66. S'agissant de la rédaction, il a été souligné que plusieurs dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI portaient sur les sentences et que toute norme juridique sur la question devrait être conforme à ces dispositions.

6. Exceptions possibles aux règles sur la transparence

67. Le Groupe de travail a ensuite examiné les exceptions possibles aux règles sur la transparence aux fins de protéger des informations confidentielles et sensibles (appelées pendant la discussion "*carve outs*", ou "traitements spéciaux"). L'avis a été exprimé que toute disposition sur la question devrait être rédigée de manière générique, ce qui éviterait de devoir envisager toutes les circonstances possibles et laisserait au contraire un grand pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral. Il a en outre été indiqué qu'une définition générique du terme "information confidentielle" figurait dans des traités d'investissement existants. Une "information confidentielle" pourrait par exemple être définie comme "toute information factuelle sensible non disponible dans le domaine public". Une telle définition couvrirait les informations qui pourraient être désignées comme sensibles par l'une ou l'autre des parties au litige. Il a été dit que d'autres catégories d'informations non incluses dans la notion d'"information confidentielle" devraient peut-être également être protégées, par exemple les informations qui pourraient être utilisées pour faire obstacle à l'application des lois et celles qui ne pouvaient être divulguées en vertu de la loi d'une partie. L'avis a été exprimé qu'il était difficile d'élaborer une définition complète de l'expression "information confidentielle" mais qu'il serait utile de fournir aux tribunaux arbitraux des indications sous la forme d'exemples.

68. Il a été dit qu'un autre modèle contenait des indications utiles pour les arbitrages entre investisseurs et États: les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), dont les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 sur la recevabilité et la valeur probante des preuves contenaient des dispositions sur la confidentialité.

69. L'avis a été exprimé qu'il revenait au tribunal arbitral de déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles. Il a été expliqué que, dans la pratique de certains États, les parties contestantes avaient la charge de signaler au tribunal arbitral quelles informations étaient confidentielles ou autrement protégées, ce qui permettait au tribunal d'examiner la question et de prendre une décision.

70. D'une manière générale, il a été dit que même si des exceptions étaient nécessaires pour protéger les informations confidentielles ou sensibles, elles ne devraient pas être importantes au point d'affaiblir les règles principales sur la transparence. Il a également été suggéré que les exceptions à la transparence aux fins de protéger des informations confidentielles ou sensibles devraient apporter des précisions et des orientations afin d'éviter tout différend entre les parties sur ce point.

71. On s'est interrogé sur les conditions dans lesquelles ces exceptions seraient appliquées et la question de savoir si une sanction devrait être prévue au cas où une partie ne respecterait pas ses obligations de confidentialité. Il a été suggéré que les États pouvaient invoquer des immunités pour se défendre. Une sanction possible mentionnée concernait les coûts. Le paragraphe 7 de l'article 9 des Règles de l'IBA

sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010) a été cité comme un exemple de disposition prévoyant une telle sanction. Ce paragraphe dispose que "[s]i le Tribunal arbitral estime qu'une partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, il peut, sans préjudice de toute autre mesure permise par les présentes Règles, tenir compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage, y compris pour ce qui concerne les coûts engagés relativement à l'administration de la preuve".

72. On s'est demandé si des exceptions précises pourraient être envisagées pour traiter de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral. Il a été généralement reconnu qu'il importait de tenir compte de cette question dans le cadre du débat sur la transparence, mais qu'elle ne relevait pas nécessairement des exceptions relatives à la protection des informations confidentielles et sensibles. Il a généralement été convenu que la protection de l'intégrité du processus arbitral devait être assurée par le tribunal arbitral qui, en tout état de cause, jouissait déjà d'une grande latitude à cet égard en vertu de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et de l'article 17 de la version du Règlement révisée en 2010. Il a été estimé que la question générale de la gestion de l'instance était importante et qu'elle devrait être examinée plus avant avec chaque question de fond.

7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre")

73. Le Groupe de travail a rappelé qu'un certain nombre de suggestions avaient été formulées concernant les mécanismes à mettre en place pour assurer l'accès du public aux informations qui pourraient être rendues publiques aux fins d'assurer la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été rappelé que lors des délibérations du Groupe de travail sur les questions de fond, il avait été proposé que les informations soient rendues publiques par les parties – l'État d'accueil ou l'investisseur – ou dans un registre neutre. Il a été souligné que les informations concernant les procédures d'arbitrage menées en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pouvaient être publiées par le secrétariat de la CNUDCI sur son site Web. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye ("CPA") a également été mentionnée, entre autres institutions, comme une entité qui pourrait fournir ce service (voir par. 37 ci-dessus).

74. Il a été généralement estimé qu'il fallait tout d'abord mieux définir le rôle qu'un tel registre pourrait jouer avant de décider si les parties ou d'autres entités devraient être chargées de cette tâche. On s'est demandé si, concernant la publication d'informations sur l'ouverture d'une procédure d'arbitrage, cet organe devrait également procéder à un examen préliminaire des informations reçues, en particulier au cas où une norme juridique sur la question disposerait que les informations devaient être publiées avant qu'un tribunal arbitral ne soit constitué. Dans ce cas, il devrait déterminer si l'affaire relevait de l'éventuelle norme juridique sur la transparence et, par exemple, s'il y avait bien eu une convention d'arbitrage. On s'est également demandé s'il serait compétent non seulement pour les affaires d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, mais aussi pour d'autres affaires résultant de contrats entre États et investisseurs et relevant du droit de l'investissement ou d'autres cas encore. À cet égard, on s'est également demandé s'il serait en mesure de refuser de publier de telles affaires.

75. Le Groupe de travail a été informé que, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI étant un instrument des Nations Unies, il serait logique que le Secrétariat

de l'Organisation des Nations Unies fournisse de tels services aux États. Il a en outre été noté que le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation, dont dépend le secrétariat de la CNUDCI, avait une certaine expérience de ce type de services et notamment de la publication des instruments de ratification, d'adhésion et d'acceptation des conventions internationales. La CPA a confirmé qu'elle était disposée à fournir de tels services au cas où le secrétariat de la CNUDCI ne le ferait pas.

D. Forme d'une norme juridique sur la transparence

76. Le Groupe de travail a rappelé ses discussions antérieures sur le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et les diverses formes qu'elle pourrait prendre (voir par. 22 à 30 ci-dessus). S'agissant de la forme, de nombreuses délégations ont appuyé l'idée d'ajouter des normes juridiques sur la transparence en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sous la forme d'une annexe ou, étant donné que le Règlement ne faisait pas référence à une annexe, sous la forme de règles autonomes sur la transparence. Il a également été dit que les dispositions sur la transparence pourraient prendre la forme de principes directeurs ou de clauses types.

77. Afin de faciliter la discussion sur l'applicabilité de règles sur la transparence, il a été proposé d'établir une distinction entre l'offre de recours à l'arbitrage faite par les États parties à un traité et le consentement donné ensuite par l'investisseur, au niveau investisseur-État.

1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux

78. S'agissant du premier niveau de consentement (niveau du traité), il a été suggéré d'établir une seconde distinction entre traités d'investissement futurs et existants.

a) Traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux futurs

79. Le Groupe de travail a examiné si les traités d'investissement futurs devraient comporter une référence expresse aux règles sur la transparence aux fins de leur application, en plus d'une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Selon plusieurs avis, pour éviter l'incertitude juridique et les divergences d'interprétation qui pourraient résulter de l'absence de référence aux règles sur la transparence, une solution préférable serait de prévoir le consentement exprès des parties. Il a été dit que les États auraient connaissance de l'existence de nouvelles règles sur la transparence et que l'absence de référence explicite à ces règles dans un traité d'investissement devrait être interprétée comme une décision de ne pas les appliquer. En particulier, il a été souligné que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne contenait aucune disposition sur la publication des documents, la publicité des audiences ou la participation de tiers, et qu'on pourrait donc difficilement déduire d'une référence au Règlement qu'il existe un accord implicite d'appliquer également des règles supplémentaires sur la transparence.

80. Cependant, il a été souligné qu'en exigeant une référence spécifique pour que les règles sur la transparence s'appliquent dans le contexte des traités

d'investissement futurs, on diminuerait l'importance des travaux que mène actuellement le Groupe de travail. Selon un autre point de vue, en incluant dans les règles sur la transparence des dispositions relatives à leur applicabilité, on rendrait plus claires leurs modalités d'application et d'utilisation. Par exemple, il pourrait être précisé que les règles sur la transparence s'appliquent dès lors qu'il est fait référence à la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

81. Il a été dit qu'une solution permettant de concilier les différents points de vue exprimés pourrait être de rédiger des règles reflétant un haut niveau de transparence mais qui ne s'appliqueraient que si les parties optaient expressément pour un arbitrage transparent. De l'avis général, ces questions devaient être examinées plus avant à une session ultérieure.

82. Il a été rappelé que le mandat confié au Groupe de travail par la Commission à sa quarante-troisième session était d'élaborer un instrument sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir par. 2 ci-dessus), le Groupe de travail étant libre de décider comment il s'acquitterait de cette tâche. Il a été ajouté que si l'instrument élaboré s'appliquait seulement si le traité d'investissement y faisait expressément référence, cela représenterait une importante lacune dans l'exécution du mandat. Il a été dit ensuite qu'il fallait répondre aux critiques selon lesquelles le système actuel d'arbitrage entre investisseurs et États était parfois décrit comme fermé et ne servant pas l'intérêt général. Il a été dit encore que le moment était peut-être venu de répondre à ces critiques en adoptant des dispositions sur la transparence qui seraient largement appliquées dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. À cet égard, il a été dit que le Groupe de travail devrait, dans l'instrument qu'il élaborerait sur la transparence, fournir une présomption que les règles sur la transparence s'appliqueraient à l'avenir aux arbitrages relatifs aux investissements. Il a été suggéré que le Groupe de travail examine comment créer au mieux cette présomption.

83. À l'appui de cet avis, il a été dit qu'une présomption de l'application des règles sur la transparence pourrait se concevoir de manière à donner aux parties le degré de certitude nécessaire quant à savoir si elles agissaient en vertu des dispositions relatives à la transparence dans un arbitrage donné. À titre d'exemple, il a été suggéré que la partie des règles sur la transparence traitant de leur applicabilité pourrait inclure un libellé du type "les présentes règles seront incorporées au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour tout arbitrage régi par ce Règlement en application d'un traité d'investissement ratifié ci-après à moins que ce traité ne dispose expressément qu'elles ne s'appliquent pas". Il a été dit qu'un tel libellé présenterait l'avantage de créer une présomption en faveur de la transparence en ce qui concerne le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

84. Il a été généralement convenu que les dispositions visant l'application des règles sur la transparence aux traités futurs devraient être claires et fournir le degré de certitude voulu quant à l'existence d'un consentement des parties sur l'adoption de ces règles dans le cadre de leur processus d'arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a également été suggéré que le texte adopté concernant les traités futurs soit examiné du point de vue de son impact sur les traités d'investissement déjà conclus.

b) Traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux existants

85. Le Groupe de travail a envisagé l'application d'une nouvelle norme aux traités d'investissement existants. Il a été estimé que cette question avait des incidences pratiques importantes étant donné que plus de 2 500 traités d'investissement étaient en vigueur à ce jour[8], mais que moins de 10 avaient été conclus en 2010.

86. De nombreuses délégations ont exprimé l'avis qu'il serait souhaitable que les règles sur la transparence s'appliquent également aux traités d'investissement existants, ce qui, a-t-on jugé, servirait le mandat confié par la Commission, à savoir améliorer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Toutefois, on s'est demandé si cette application était réalisable, du fait par exemple de la grande diversité des dispositions de traités se référant à l'arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et si elle pourrait se faire au moyen d'un instrument élaboré par le Groupe de travail et adopté par la Commission.

87. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'effet du paragraphe 2 de l'article premier de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui disposait que: "Les parties à une convention d'arbitrage conclue après le 15 août 2010 sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commence l'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version différente du Règlement. Cette présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date." Il a été rappelé en outre que le Règlement de 1976 ne contenait aucune présomption que le texte serait susceptible d'être modifié.

88. Le Groupe de travail a examiné différents moyens d'obtenir la certitude que les règles sur la transparence s'appliqueraient aux traités d'investissement existants. Il a été dit que l'application de règles sur la transparence aux traités d'investissement existants ne devrait entraîner aucune application rétroactive de ces normes.

89. Il a été suggéré que le consentement des États parties à un traité d'investissement à recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en vertu du Règlement de la CNUCDI pourrait être interprété comme un consentement à recourir à un système d'arbitrage se développant avec le temps. Selon cet avis, les règles sur la transparence s'appliqueraient automatiquement, dès lors qu'elles feraient partie du système évolutif d'arbitrage de la CNUDCI. Selon un autre avis, il n'était pas certain qu'on ne puisse déduire de la simple mention du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans un traité d'investissement que les parties acceptaient automatiquement d'être liées par toute modification du Règlement. Il a également été dit qu'une application automatique des règles sur la transparence aux traités d'investissement existants faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI serait impossible, sauf si les États parties faisaient une déclaration conjointe en application de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. À cet égard, il a aussi été noté que le Règlement d'arbitrage de la

---

[8] On trouvera un recueil en ligne de tous les traités d'investissement dans la base de données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), consultée le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctadxi.org/templates/ Startpage____718.aspx.

CNUDCI ne contenait aucune référence à une annexe ou à un instrument qui devrait être lu conjointement avec lui.

90. Le Groupe de travail a étudié la question de la forme que prendrait un consentement exprès des États. Il a été dit que les procédures de modification des traités d'investissement existants étaient trop lourdes et trop longues.

91. Il a été dit que la CNUDCI avait notamment pour mandat de préparer de nouvelles conventions internationales, lois types et lois uniformes ou d'en encourager l'adoption[9], mais qu'elle n'avait pas le pouvoir de créer d'elle-même des obligations législatives pour les États sans leur consentement. Par conséquent, il a été estimé que la seule possibilité pour le Groupe de travail d'améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités était de formuler des dispositions et d'encourager les États à les utiliser.

92. L'avis a été exprimé que si une norme juridique sur la transparence prenait la forme d'un instrument non contraignant, tel que des lignes directrices, la question de leur applicabilité ne se poserait pas. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait prématuré, à ce stade de la discussion, de prendre une décision définitive sur la forme de la norme juridique qui serait élaborée.

93. Diverses suggestions ont été faites pour améliorer la certitude que les règles sur la transparence s'appliqueraient aux traités existants, portant notamment sur des déclarations unilatérales ou une interprétation conjointe des gouvernements, un instrument ouvert à la signature ou à la ratification, dans lequel les États pourraient exprimer leur consentement à un arbitrage transparent ou accepter d'appliquer les règles sur la transparence prévues par les traités existants. Il a été dit en outre que même si des déclarations unilatérales étaient possibles, des déclarations conjointes seraient préférables pour assurer un traitement équitable et correspondraient à la pratique actuelle en matière de traités. Il a été dit que des instruments interprétatifs avaient une valeur juridique limitée.

94. Convenant que toutes les suggestions exigeaient une analyse juridique plus approfondie, le Groupe de travail a décidé que cette question devrait être examinée plus avant à une session ultérieure.

2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur

95. S'agissant du deuxième niveau de consentement (entre investisseurs et États), il a été noté qu'une décision de politique générale devrait être prise quant à savoir si un investisseur serait lié par l'offre d'un État de recourir à l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, y compris les règles sur la transparence, ou s'il aurait la latitude de rejeter l'offre de recourir à un arbitrage transparent.

96. Il a été dit que dans la pratique arbitrale, il était possible de négocier les règles d'arbitrage qui s'appliqueraient. Toutefois, l'avis général était qu'en donnant à l'investisseur le dernier mot concernant l'application des règles de transparence, on l'avantagerait à tort et on provoquerait une diminution de la transparence. On a indiqué qu'une telle approche serait contraire au mandat de la Commission, à savoir améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été souligné en outre qu'à la différence de l'arbitrage commercial,

---

[9] Voir résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités se faisait sur la base d'un traité entre États parties, ce qui limitait la possibilité pour l'investisseur de refuser les offres de l'État d'accueil. Cependant, il a été dit que pour garantir l'égalité des parties dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, il pourrait être souhaitable de prévoir qu'un investisseur a le droit de réagir à l'offre de l'État d'accueil de recourir à un arbitrage transparent.

97. La question s'est posée de savoir dans quelle mesure les parties au différend devraient être autorisées à déroger à certaines dispositions des règles sur la transparence et on pourrait légalement les en empêcher. L'avis a été exprimé que le traité entre les États parties empêcherait un État partie et l'investisseur de déroger aux règles sur la transparence. Selon une opinion contraire, les parties au différend pourraient toujours, juridiquement, modifier leur convention d'arbitrage (y compris la référence aux règles sur la transparence qu'elle contiendrait), et il n'était donc pas possible de fixer dans les règles sur la transparence des dispositions non susceptibles de dérogation. Selon un autre point de vue, la décision de déroger aux règles sur la transparence devrait être prise formellement par le tribunal arbitral à la demande des parties. Il a été répondu qu'une telle approche placerait le tribunal arbitral dans une position délicate à un stade initial de la procédure.

98. On a suggéré de rendre certaines dispositions des règles sur la transparence non susceptibles de dérogation, par exemple en omettant dans ces règles le droit des parties de les modifier par un accord ultérieur, tel que celui figurant au paragraphe 1 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À l'appui de cette suggestion, il a été dit que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI lui-même contenait également des dispositions auxquelles il ne pouvait être dérogé. Il a été proposé de préciser, pour chacune des dispositions des règles sur la transparence, si elle serait susceptible de dérogation, en tenant compte du fait qu'on pourrait dire que certaines règles confèrent ces droits aux tiers.

99. On a rappelé que ces difficultés pourraient être évitées en élaborant des recommandations ou principes directeurs non contraignants.

100. Le Groupe de travail est convenu que toutes ces suggestions exigeaient une analyse juridique plus approfondie et que ces questions devaient être examinées plus avant à une session ultérieure.

V. Questions diverses

A. Préparatifs de la prochaine session du Groupe de travail

101. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer pour sa prochaine session des documents de travail présentant une analyse des questions de forme et de fond examinées à sa présente session, y compris des exemples de dispositions sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il l'a prié en outre d'élaborer, si cela était possible et souhaitable, des dispositions types pour examen. Les délégations ont été invitées à fournir au Secrétariat les informations, notamment les contributions et propositions écrites, qu'elles jugeraient pertinentes sur les questions examinées à la présente session.

B. Questions à examiner par la Commission dans le cadre de travaux possibles dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

102. En application de la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session (voir par. 3 ci-dessus), le Groupe de travail a tenu une discussion afin d'identifier d'autres questions se posant plus généralement dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires et pourraient donc être portées à l'attention de la Commission à une session future.

103. Il a été proposé de porter à l'attention de la Commission, à une session future, la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant, mentionnée au paragraphe 49 ci-dessus. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander à la Commission s'il pouvait se saisir de cette question dans le cadre de ses travaux en cours. Une autre suggestion a été faite concernant le sujet de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres. L'idée de porter cette question à l'attention de la Commission n'a pas été appuyée.

B. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.159 et Add.1 à 4)

[Original: anglais/espagnol/ français/russe]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Questionnaire . . . . . .

A. Questions relatives aux pratiques actuelles en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . .

B. Références au questionnaire 3

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . .

1. Algérie . . . . . .

2. Argentine . . . . . .

3. Arménie . . . . . .

4. Australie . . . . . .

5. Bahreïn . . . . . .

6. Bélarus . . . . . .

I. Introduction

1. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission est convenue que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités méritait d'être examinée plus avant et devrait être traitée en priorité par le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) immédiatement après qu'il aurait achevé la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Elle a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée à l'avenir, car il s'agissait d'un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées

par le Groupe de travail (ibid., par. 69), y compris l'élaboration d'instruments tels que des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour arrêter la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen de ces questions par le Groupe à une session future, la Commission a demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États membres à fournir des informations aussi complètes que possible au Secrétariat sur leur expérience de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États[1].

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a, dans le contexte des futurs travaux concernant le règlement des litiges commerciaux, chargé le Groupe de travail de préparer un standard juridique sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. La Commission a été informée que, comme elle l'avait demandé à sa quarante et unième session, le Secrétariat avait transmis un questionnaire aux États sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail. Le questionnaire distribué aux États figure dans la partie II de la présente note. Ce document et ses additifs contiennent dans leur troisième partie les réponses que le Secrétariat a reçues des États[2].

II. Questionnaire

A. Questions relatives aux pratiques actuelles en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

1) Pouvez-vous mentionner des cas d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités qui ont eu lieu dans votre pays et où la procédure arbitrale a fait l'objet de publicité ou a impliqué une certaine forme de transparence (par exemple, cas où les informations concernant l'existence de la procédure arbitrale étaient accessibles au public, ou pour lesquels le public ou certains groupes d'intérêt avaient la possibilité d'accéder aux documents utilisés dans la procédure ou d'assister à la procédure orale)?

2) Y a-t-il eu dans votre pays des cas dans lesquels des tiers ont présenté ou soumis des déclarations dans le cadre d'un arbitrage en matière d'investissements fondé sur des traités (par exemple, mémoires d'*amicus curiae*) ou seraient autrement intervenus dans la procédure?

3) Existe-t-il, dans les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par votre pays, des dispositions relatives à la transparence ou à la publicité en

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément* n° *17* (A/63/17), par. 314.

[2] Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session (en préparation).

matière d'arbitrage entre investisseurs et États? Dans l'affirmative, pouvez-vous nous fournir le texte de ces traités ou accords, ou des informations les concernant?

4) Existe-t-il, dans les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par votre pays, des dispositions relatives à la participation de tiers dans un arbitrage entre investisseurs et États? Dans l'affirmative, pouvez-vous nous fournir le texte de ces traités ou accords, ou des informations les concernant?

5) Avez-vous des commentaires relatifs aux pratiques actuelles en matière de publicité ou de transparence dans le cadre des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités impliquant votre pays?

B. Références au questionnaire

3. Dans le reste de la première note et dans ses additifs, il est fait référence aux questions ci-dessus comme suit:

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Question 5: Autres commentaires

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

1. Algérie

[Original: français]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

La réponse à cette question est du ressort de la Chambre algérienne du commerce et de l'industrie. L'article 6 du Décret exécutif n° 64-96 du 3 mars 1996, portant statut de la Chambre algérienne du commerce et de l'industrie, indique que celle-ci peut constituer une commission de conciliation et d'arbitrage à la demande des contractants pour le règlement de leurs différents commerciaux. À cet égard, la Chambre algérienne du commerce et de l'industrie peut exercer l'arbitrage aussi bien au niveau national qu'international.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

La possibilité d'intervention de tiers dans les procédures d'arbitrage entre États et investisseurs n'existe pas dans les accords bilatéraux. À ce titre, l'Algérie n'a pas évoqué, ni mentionné cette procédure dans les accords

bilatéraux ou multilatéraux qu'elle a conclus, ni dans les mécanismes ou procédés de règlement. Cette position vaut pour les mécanismes de règlement des différends dans le but d'éviter que l'État ne se retrouve face à plusieurs parties dans une même affaire.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités bilatéraux de protection des investisseurs conclus par l'Algérie contiennent une disposition se référant à la transparence de manière générale. Cette disposition oblige les parties contractantes à mettre à la disposition des investisseurs les lois, les règlements, les procédures et les décisions administratives, ainsi que les conventions internationales susceptibles de bénéficier à l'un des investisseurs, ou à l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie.

Cependant, l'accord algérien type portant promotion et protection de l'investissement ne précise pas les différentes étapes de l'arbitrage. Il mentionne uniquement le régime d'arbitrage – Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou Chambre de commerce internationale (CCI) – sans donner de détails sur les procédures à suivre.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

La réponse à cette question est la même que celle fournie pour la deuxième question.

Question 5: Autres commentaires

En matière de publicité des décisions d'arbitrage, il est permis, d'une façon générale, de les consulter sur le site Web des organismes d'arbitrage mentionnés plus haut. S'agissant du déroulement de la procédure d'arbitrage, seuls les conseillers représentant les parties au conflit peuvent constater la transparence qui l'entoure du fait que la procédure n'est pas ouverte au public.

2. Argentine

[Original: espagnol]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Les traités bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection réciproque des investissements auxquels la République argentine est partie contiennent généralement, en matière de règlement des différends, une option selon laquelle l'investisseur peut avoir recours: 1) aux tribunaux locaux; 2) à la juridiction du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), et 3) à l'arbitrage, conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

La plupart des investisseurs ont opté pour la juridiction du CIRDI. Conformément à la Convention qui en porte création, à son Règlement d'arbitrage et à sa pratique, le CIRDI a rendu publics sur son site Web et dans ses publications écrites l'existence de tout différend porté devant lui, les

parties en cause, le numéro de l'affaire et la composition du tribunal arbitral. Récemment, il a commencé à publier aussi certaines dispositions de procédure ainsi que ses décisions concernant sa compétence et le fond du différend, garantissant ainsi la transparence en ce qui concerne 1) l'existence du litige, et 2) la publication des décisions concernant la compétence et le fond. Un exemple de ces publications peut être consulté sur le site Web du Centre, à l'adresse http://icsid.worldbank.org/ICSID.

Sur ce dernier point, avant même la révision du Règlement d'arbitrage qui est entrée en vigueur le 10 avril 2006, le CIRDI avait pour pratique de demander aux deux parties en présence de donner leur accord à la publication de sa décision. Depuis l'entrée en vigueur de la version révisée du Règlement, lorsque les parties ne donnent pas leur assentiment à la publication de la décision, le CIRDI est tenu de publier un résumé des arguments juridiques ayant motivé la décision.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Deux affaires d'arbitrage dans lesquelles a été impliquée la République argentine constituent des maillons essentiels dans l'évolution en ce qui concerne la participation de tiers, sous forme de mémoires *amicus curiae*, dans la procédure arbitrale. Dans ces deux affaires, l'Argentine a appuyé la participation d'*amici*. Il s'agit de l'affaire *AASA, Suez, Aguas de Barcelona et Vivendi* c. *République argentine*, affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le numéro ARB/3/19, et de l'affaire *APSF, Suez, Aguas de Barcelona et Interagua* c. *République argentine*, inscrite au rôle du CIRDI sous le numéro ARB/3/17.

Dans l'affaire *APSF, Suez, Aguas de Barcelona et Interagua* c. *République argentine*, le tribunal arbitral a rejeté la participation d'*amici*.

Dans l'affaire *AASA, Suez, Aguas de Barcelona et Vivendi* c. *République argentine*, en revanche, le tribunal arbitral a autorisé la participation de tierces parties, bien que la limitant à la présentation de documents exposant la position de l'*amicus*. Le tribunal a écarté la possibilité pour la tierce partie d'avoir accès aux documents relatifs au litige et/ou d'assister à la procédure. En outre, il a établi un certain nombre de règles de procédure qui sont maintenant reflétées à l'article 37 de la version de 2006 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Cette affaire a été la première dans laquelle – en dépit des lacunes du droit en vigueur lorsque la demande de participation d'*amici* a été présentée – un tribunal arbitral a donné son accord à la participation de tierces parties à une procédure devant le CIRDI. Comme indiqué ci-dessus, le tribunal a, en l'occurrence, autorisé la participation de tierces parties, ce qui a été reflété dans la version révisée du Règlement de procédure du CIRDI.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités bilatéraux conclus par la République argentine ne contiennent aucune disposition spécifique en matière de transparence.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités bilatéraux conclus par la République argentine ne contiennent aucune disposition spécifique concernant la participation de tierces parties à des procédures arbitrales concernant des investissements.

Question 5: Autres commentaires

Il n'existe en République argentine aucune règle particulière concernant la transparence et la publicité dans les affaires d'arbitrage entre investisseurs et États. Cependant, le gouvernement a, par le décret n° 1172/2003, assuré le plus large accès possible du public aux documents de l'administration publique en instituant des mécanismes spécifiques clairement définis concernant par exemple les auditions publiques impliquant le pouvoir exécutif (art. 1); la publicité en ce qui concerne la représentation des intérêts (art. 2); l'association au processus d'élaboration des règles et normes (art. 3); l'accès à l'information publique concernant les organisations, entités, entreprises, sociétés, départements et autres organes opérant sous l'autorité du pouvoir exécutif ainsi que les organisations privées qui reçoivent des subventions ou d'autres formes d'appui financier du secteur public, de fondations ou d'autres institutions dont l'administration, le fonctionnement ou la préservation relèvent de l'État (par l'entremise des autorités judiciaires ou d'autres entités publiques) et les entreprises privées auxquelles a été accordé – sous forme d'un permis, d'une licence, d'une concession ou de quelque autre type de contrat – le droit d'assurer un service public ou d'exploiter des biens du domaine public (art. 4).

Dans tous les cas, de brèves formalités doivent être accomplies avant que des auditions publiques puissent être organisées ou que l'accès aux dossiers de l'administration publique soit autorisé. Les seules exceptions en ce qui concerne l'accès aux documents publics sont celles qui sont expressément visées dans le décret et qui portent, entre autres, sur les informations expressément classées confidentielles, et surtout les informations concernant la sécurité, la défense ou la politique étrangère du pays, les informations qui peuvent compromettre le bon fonctionnement du système financier ou bancaire, les informations qui peuvent compromettre les droits légitimes d'une tierce partie et ont été obtenues d'une source confidentielle, les données protégées par le secret professionnel ou risquant de mettre en danger la vie ou la sécurité d'une personne, etc.

En outre, le même décret prévoit que le public peut gratuitement avoir accès à l'édition quotidienne de toutes les sections du *Journal officiel* de la République argentine. Enfin, le décret stipule que toutes les règles allant à l'encontre de ses dispositions sont abrogées.

Tous les organismes publics, pour leur part, ont fait savoir que des mesures seraient prises pour adapter leurs structures de manière à garantir la liberté d'accès à l'information publique, conformément au décret.

3. Arménie

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Le public est informé des procédures arbitrales par les médias. Il n'y a aucun exemple d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité dans lesquels le public ou des groupes d'intérêt spécifiques ont pu avoir accès aux documents utilisés dans la procédure arbitrale ou assister à la procédure.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Non.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Non.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Non.

Question 5: Autres commentaires

Non.

4. Australie

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

L'Australie n'a jamais été partie à un arbitrage entre investisseurs et États.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

L'Australie n'a jamais été partie à un arbitrage entre investisseurs et États.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

L'Accord de libre-échange conclu entre le Chili et l'Australie contient en matière de règlement des litiges entre investisseurs et États des dispositions qui garantissent la transparence des arbitrages entre investisseurs et États (voir l'article 10.22). Cet accord a été signé par les parties mais n'est pas encore entré en vigueur. Son texte peut être consulté sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur à l'adresse: http:www.dfat.gov.au/geo/chile/fta/FTA_Text_10.html[3].

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les dispositions de l'Accord de libre-échange entre le Chili et l'Australie concernant le règlement des différends entre investisseurs et États permettent au tribunal arbitral d'accepter de tierces parties des documents écrits pour

[3] Note du Secrétariat: Le texte de l'Accord de libre-échange entre le Chili et l'Australie était joint à la réponse du Gouvernement australien. Des extraits pertinents de cet accord sont reproduits dans la partie II du document A/CN.9/WG.II/WP.160 et dans son additif.

l'aider à analyser les conclusions et les arguments des parties en litige (voir l'article 10.20.2).

Question 5: Autres commentaires

L'Australie attache de l'importance à la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités et appuie la décision de la Commission d'entreprendre en priorité des travaux sur cette question immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

5. Bahreïn

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Bahreïn n'a jusqu'à présent été impliqué dans aucun arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités dans lequel ait été soulevée la question de la publicité ou de la transparence de la procédure arbitrale.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a eu à Bahreïn aucune affaire d'arbitrage fondé sur les traités dans laquelle des tierces parties aient présenté des documents ou soient de quelque autre manière intervenues dans la procédure.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels Bahreïn est partie ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par Bahreïn ne contiennent aucune disposition concernant la participation de tierces parties à des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 5: Autres commentaires

Bahreïn est partie à plusieurs importants traités bilatéraux relatifs aux investissements qui reflètent la politique économique nationale tendant à encourager les investissements étrangers. Ces traités sont soigneusement négociés au cas par cas à la lumière de la nature et du développement des relations entre Bahreïn et les États en question. Certains d'entre eux envisagent la possibilité d'un arbitrage conformément au Règlement de la CNUDCI.

En outre, Bahreïn a pour politique bien établie de promouvoir l'arbitrage commercial international, en particulier en application du Règlement de la CNUDCI.

Si le Règlement de la CNUDCI devait comporter des dispositions concernant la transparence et la publicité de la procédure et l'intervention de tierces parties ou si de telles dispositions devaient être incluses dans une annexe

générique, cela irait à l'encontre de la nature du Règlement, qui n'a jamais été censé réglementer des questions relevant des politiques nationales. Cela serait contraire également aussi bien à la pratique conventionnelle de Bahreïn qu'à sa politique consistant à encourager, d'une façon générale, la soumission des litiges contractuels à un arbitrage conformément au Règlement de la CNUDCI:

A) Les traités bilatéraux sont négociés au cas par cas dans le contexte des relations que Bahreïn entretient avec les États intéressés. Si le Règlement de la CNUDCI devait contenir des dispositions au sujet de questions aussi délicates, Bahreïn ne s'y référerait vraisemblablement pas, et regretterait la disparition de cette précieuse faculté.

B) Les arbitrages fondés sur des contrats peuvent également porter sur les relations entre investisseurs et États, et les arbitrages fondés sur des traités portent en fait fréquemment sur des questions de caractère contractuel. Cela soulève des questions de définition passablement complexes qui doivent être réglées avant de pouvoir même définir la portée des règles éventuellement proposées, selon la façon dont les différents États ont décidé de structurer le secteur public. Si le Règlement de la CNUDCI devait s'écarter du cadre établi et entendait établir une telle définition d'application universelle, cela aurait pour conséquences:

i) un conflit possible avec la législation nationale;

ii) un manque de prévisibilité; et

iii) une désincitation regrettable à l'application du Règlement de la CNUDCI.

Ainsi, pour éviter que le Règlement de la CNUDCI ne perde peu à peu de sa pertinence et ne tombe en désuétude, Bahreïn s'opposerait à toute tentative d'incorporer des dispositions relatives à la transparence au Règlement de la CNUDCI ou à une annexe générique au Règlement, mais appuierait néanmoins l'idée (mais seulement après que le nouveau règlement aura finalement été adopté) d'envisager des clauses types qui pourraient être incorporées aux instruments conclus.

6. Bélarus

[Original: russe]

Les tribunaux d'arbitrage de la République du Bélarus n'ont pas été appelés à connaître d'affaires d'arbitrage entre investisseurs et États, qu'elles découlent d'un contrat d'investissement (article 45 du Code des investissements), d'un contrat de concession (article 50 du Code des investissements) ou de quelque autre instrument.

Il y a lieu de souligner toutefois que les litiges faisant intervenir des investisseurs étrangers, auxquels s'applique la procédure prévue par les accords internationaux et la législation nationale, portent normalement sur des questions découlant des activités normales d'investissements économiques et relèvent d'actions intentées contre les organismes de tutelle ou contre des personnes se livrant à des activités commerciales.

Aux termes des accords bilatéraux relatifs à la protection des investissements, les parties conviennent généralement que les différends seront réglés par la conciliation ou l'arbitrage sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, conformément à la Convention de 1965 sur le règlement des différends aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. En vertu des traités internationaux, de tels différends peuvent être soumis à n'importe quel tribunal arbitral, y compris les tribunaux ad hoc constitués pour connaître de différends spécifiques. Tel est le cas des accords conclus avec l'Autriche, le Royaume-Uni, la Lettonie, la République de Corée, Israël, la Finlande, le Viet Nam les États-Unis d'Amérique, la Turquie, la Roumanie et d'autres pays. D'autres centres d'arbitrage peuvent également être désignés comme instances compétentes. C'est ainsi que l'accord conclu avec la Turquie stipule que les différends relatifs aux investissements peuvent également être soumis à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). En outre, lorsqu'il surgit un différend, les parties peuvent avoir recours à la procédure de conciliation visée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou dans le Règlement d'arbitrage de la CCI.

De plus, un différend relatif à des investissements peut être porté devant un tribunal commercial du Bélarus par tout investisseur qui préfère saisir un tribunal plutôt que de soumettre le litige à un organe international d'arbitrage.

S'agissant des règles de procédure qui régissent les actions intentées devant un tribunal arbitral ou un tribunal commercial au Bélarus à propos d'investissements ou d'autres différends, il y a lieu de noter que la procédure est fondée sur les principes d'ouverture et de transparence. Les règles juridiques applicables aux activités d'investisseurs étrangers peuvent être aisément consultées, et les traités bilatéraux concernant la protection des investissements qui contiennent des dispositions touchant le règlement par l'arbitrage des différends entre investisseurs et États sont publiés comme documents officiels qui peuvent être communiqués aux parties intéressées.

A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1 (Original: anglais/chinois/français)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités . . . . . .

1. Canada . . . . . .
2. Chine . . . . . .
3. Danemark . . . . . .
4. République tchèque . . . . . .

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités

1. Canada

[Original: anglais/français]

1. Tous les documents auxquels il est fait référence dans la réponse du Canada sont accessibles au public sur Internet[1].

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

2. Le Canada s'est engagé à veiller à ce que tout arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités auquel il participe soit aussi transparent et ouvert au public que possible. Comme il a été clairement exprimé dans sa Déclaration sur l'ouverture au public des audiences d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALENA d'octobre 2003, le Canada déploie tous les efforts nécessaires pour s'assurer que "les audiences relatives aux différends relevant du chapitre 11 auxquelles il participe [sont] ouvertes au

[1] Note du Secrétariat: Un "Recueil de documents" contenant les documents mentionnés par le Gouvernement canadien dans sa réponse était joint aux observations reçues. Les extraits pertinents sont reproduits dans la partie II du document A/CN.9/WG.II/WP.160 et son additif.

public, sauf s'il convient d'assurer la protection de renseignements confidentiels, y compris les renseignements commerciaux confidentiels".

3. À ce titre, dans toutes les affaires auxquelles il est partie en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI[2], le Canada veille à ce que a) le public soit informé de l'arbitrage; b) les documents présentés au Tribunal ou délivrés par lui soient accessibles au public; c) les audiences soient publiques; et d) les renseignements confidentiels ou privilégiés soient adéquatement protégés.

4. Au total, 10 demandes d'arbitrage entre investisseurs et États ont été déposées à l'encontre du Canada, en application du chapitre 11 de l'ALENA. Quatre d'entre elles ont été réglées[3]; les six autres sont actuellement en attente, à une étape ou l'autre du processus[4]. Le Canada a également reçu 14 notifications de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, en application du chapitre 11 de l'ALENA. Sept d'entre elles n'ont pas donné lieu à des demandes d'arbitrage, donc sont considérées inactives ou ont été officiellement retirées[5]. En ce qui concerne les sept autres, l'investisseur n'a pas encore présenté de notification d'arbitrage[6].

5. Depuis environ l'an 2000, le Canada informe le public de l'existence de toutes les questions susmentionnées par le truchement du site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international[7]. Ce site Web contient une page donnant la liste de toutes les affaires susmentionnées et fournit un lien (intitulé "Archives de documents juridiques") donnant accès aux documents et renseignements pertinents pour chacune d'elles.

---

2 Les dispositions relatives au règlement de différends entre investisseurs et États qui figurent dans les traités d'investissement du Canada prévoient que l'État visé par le différend et l'État de l'investisseur sont parties à la Convention du CIRDI. À l'heure actuelle, le Canada a signé la Convention du CIRDI, mais ne l'a pas encore ratifiée.

3 *Ethyl Corporation* c. *Gouvernement du Canada; Pope & Talbot Inc.* c. *Gouvernment du Canada; S.D. Myers Inc.* c. *Gouvernement du Canada;* et *United Parcel Service of America, Inc. (UPS)* c. *Gouvernement du Canada.*

4 *Chemtura Corp.* c. *Gouvernement du Canada; Clayton/Bilcon* c. *Gouvernement du Canada; GL Farms LLC et Cari Adams* c. *Gouvernement du Canada; Merrill & Ring Forestry L.P.* c. *Gouvernement du Canada; Mobil Investments Inc.* et *Murphy Oil Corporation* c. *Gouvernement du Canada; et V. G. Gallo* c. *Gouvernement du Canada.*

5 *Albert Connolly* c. *Gouvernement du Canada; Contractual Obligation Productions, LLC, Charles Robert Underwood, Carl Paolino* c. *Gouvernement du Canada; Ketcham Investments, Inc. et Tysa Investments, Inc.* c. *Gouvernement du Canada; Peter Nikola Pesic* c. *Gouvernement du Canada; Trammer Crow Company* c. *Gouvernement du Canada; Signa S.A. de C.V.* c. *Gouvernement du Canada; Sun Belt Water, Inc.* c. *Gouvernement du Canada.*

6 *Centurion Health Corporation* c. *Gouvernement du Canada; "David Bishop"* c. *Gouvernement du Canada; Dow AgroSciences LLC* c. *Gouvernement du Canada; Georgia Basin Holdings LLC* c. *Gouvernement du Canada; Gottlieb Investors Group* c. *Gouvernement du Canada; Janet Marie Broussard Shiell, William Shiell IV, et William Shiell V* c. *le Gouvernement du Canada;* et *William Jay Greiner et Malbaie River Outfitters Inc.* c. *Gouvernement du Canada.*

7 Voir http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-dift7gov.aspx?lang=fr. Des procédures d'arbitrage n'ont pas encore été engagées contre le Canada en vertu d'un autre traité d'investissement dont il est signataire; toutefois, si une telle procédure était engagée contre lui, il publierait vraisemblablement, dans la mesure où cela lui serait permis, les renseignements et les documents pertinents sur un site Web similaire.

6. Les documents que le Canada est autorisé à publier sur son site Web varient selon les ordonnances procédurales de chaque tribunal. Lors d'arbitrages antérieurs intentés contre le Canada en vertu de l'ALENA, notamment *Ethyl Corporation* (1997), *S.D. Myers* (1998), et *Pope et Talbot* (1999), les tribunaux ont autorisé, sous réserve de la protection des renseignements confidentiels, la publication des actes de procédure visant à introduire la demande, notamment la notification de l'intention, la notification d'arbitrage, la requête et la réponse, ainsi que toute décision ou sentence du Tribunal. En outre, dans *Pope et Talbot,* à la suite des observations faites concernant les dommages-intérêts, le Tribunal a rendu une ordonnance révisée reflétant les modifications adoptées par les parties, laquelle a permis la publication des observations écrites et orales des parties et de tous les éléments de preuve produits par les parties.

7. Dans un arbitrage récemment conclu auquel le Canada était partie, l'affaire *UPS*, le Tribunal a autorisé, dans une ordonnance de procédure datée d'avril 2003, la divulgation publique par l'une ou l'autre des parties au différend des

> actes de procédure et observations de toute partie au différend ou partie à l'ALENA, ainsi que des appendices et pièces jointes y afférents, notamment l'avis d'intention, la notification d'arbitrage, la déclaration modifiée, le mémoire de défense, les extraits de jugement, les affidavits, les réponses aux questions du Tribunal, les transcriptions des audiences publiques, la correspondance dont le Tribunal est le destinataire ou l'expéditeur et toute sentence, y compris les ordres de procédure, les décisions, les sentences préliminaires et finales.

Afin d'assurer une protection adéquate des renseignements confidentiels, le Tribunal a donné à chacune des parties l'occasion de désigner les renseignements qu'elles considéraient confidentiels ou à accès restreint et de produire une version publique de son mémoire expurgé de ces renseignements.

8. Consécutivement à l'ordonnance rendue dans l'affaire *UPS,* les tribunaux de l'ALENA ont continué de favoriser l'ouverture au public des audiences d'arbitrage entre investisseurs et États. Dans l'affaire *Chemtura,* le Tribunal a suivi l'approche adoptée dans l'affaire *UPS* et ordonné que les parties divulguent publiquement tout acte de procédure ou toute observation présentés au Tribunal, ainsi que tous les appendices y afférents, toute la correspondance dont le Tribunal est le destinataire ou l'expéditeur, les transcriptions des audiences publiques et toute décision rendue, notamment les ordonnances procédurales, les décisions et les sentences préliminaires et finales. Dans l'affaire *Merrill & Ring Forestry L.P.,* le Tribunal a ordonné, en sus de ce qui précède, que les audiences soient publiques, sauf s'il est nécessaire de protéger les renseignements commerciaux confidentiels. Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire *V.G. Gallo,* le Tribunal a laissé ouverte la possibilité de divulguer les transcriptions d'audiences, nonobstant le fait que l'investisseur ait choisi d'agir en vertu du Règlement de la CNUDCI, et opté pour des audiences à huis clos. Dans la totalité de ces causes, le Tribunal a assuré la protection des renseignements confidentiels en exigeant que chacune des parties produise une version publique de l'ensemble de ses observations après l'avoir expurgée de tous les renseignements qu'elle affirme être confidentiels.

9. L'expérience du Canada au regard des arbitrages en vertu de l'ALENA, au cours de la dernière décennie, démontre clairement que les procédures d'arbitrage publiques et transparentes entre investisseurs et États sont possibles sans retarder le processus, imposer un fardeau trop lourd aux parties ou alourdir le processus, ou encore imposer des coûts excessifs aux parties. L'expérience du Canada démontre, en outre, qu'il peut y avoir transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités sans qu'il y ait risque de divulgation des renseignements commerciaux confidentiels. À vrai dire, les tribunaux réussissent de mieux en mieux à assurer la transparence des procédures tout en veillant à ce que cette transparence ne nuise pas à une procédure ordonnée et qu'elle ne constitue pas un risque en ce qui a trait aux renseignements confidentiels ou privilégiés.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

10. Dans deux arbitrages intentés contre le Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, des observations, à titre d'*amicus curiae,* ont été présentées au Tribunal par des organisations d'intérêt public.

11. Dans l'affaire *UPS,* le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et le Conseil des Canadiens et, subséquemment, la Chambre de commerce des États-Unis d'Amérique ont demandé au Tribunal le droit de participer à l'arbitrage à titre de parties ou d'*amicus curiae.* Le Tribunal a conclu qu'il avait le pouvoir d'accepter les observations faites à titre d'*amicus curiae,* mais qu'il le ferait dans la mesure où cela ne constituerait pas une charge trop lourde pour les parties et ne compliquerait pas inutilement les choses. Plus particulièrement, le Tribunal a expliqué que les mémoires d'*amicus curiae* avaient pour but de fournir une aide allant au-delà de celle fournie par les parties au différend et qu'ils devaient se rapporter uniquement aux points déjà soulevés par les parties au différend. De plus, le Tribunal a imposé certaines limites quant à la participation à titre d'*amicus curiae,* à savoir ne présenter que des observations écrites n'excédant pas 20 pages, ne pas assigner de témoins et s'en tenir au fond du différend dans leurs observations.

12. Consécutivement aux décisions rendues par le Tribunal dans l'affaire *UPS* décrite ci-dessus, la Commission du libre-échange de l'ALENA (la "CLE"), l'organisme chargé de l'interprétation de l'ALENA, a produit la Déclaration sur la participation d'une tierce partie. Cette Déclaration donnait au Tribunal des directives semblables à celles établies dans l'affaire *UPS* pour la prise en compte des mémoires d'*amicus curiae* dans les arbitrages en vertu du chapitre 11: le mémoire doit être écrit, compter au plus 20 pages et traiter uniquement des questions liées à l'objet du différend.

13. Dans l'affaire *Merrill & Ring Forestry,* le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, les Métallurgistes unis d'Amérique et la British Columbia Federation of Labour ont tous les trois demandé de produire des mémoires d'*amicus curiae.* Le Tribunal a mentionné expressément qu'il avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter les observations faites à titre d'*amicus curiae* et demandé que les pétitionnaires produisent une demande officielle avec leurs observations, dans la forme qui est prescrite dans la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une

tierce partie en date de 2003. Les demandeurs ont produit leur demande et leurs observations, à titre d'*amicus curiae,* le 26 septembre 2008. Le Tribunal examine actuellement la requête.

14. L'expérience du Canada au regard des observations, à titre d'*amicus curiae,* démontre que la participation du public à un arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités peut être gérée efficacement par le Tribunal et ainsi simplifier le processus plutôt que de l'alourdir.

15. Il convient également de noter que l'article 1128 de l'ALENA (et des dispositions semblables dans d'autres traités d'investissement du Canada) permet expressément aux États non contestants de faire des observations sur des questions liées à l'interprétation du traité. Comme ces observations sont formellement prévues par l'Accord, elles ne sont pas faites à titre d'*amicus curiae.* Ces observations sont toutefois fréquentes. Dans chacun des arbitrages en vertu du chapitre 11 auquel le Canada est partie, il y a au moins une observation de ce genre qui est faite par les États-Unis ou le Mexique.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

16. Les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) et les accords de libre-échange (ALE) contiennent des dispositions protégeant l'investissement et en faisant la promotion. Au fil du temps, ces traités ont intégré des dispositions de plus en plus explicites concernant la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

17. Actuellement, le Canada a 23 APIE en vigueur. En 2003 et 2004, le Canada a révisé son APIE type pour le mettre à jour et l'actualiser afin qu'il cadre avec l'expérience du Canada au regard des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités.

18. Pour ce qui a trait au règlement des différends, le modèle a été révisé afin de favoriser la transparence. L'article 38 du modèle actuel exige que tous les documents présentés au Tribunal ou délivrés par lui, notamment les transcriptions d'audiences, soient rendus publics, après qu'ils ont été expurgés des renseignements confidentiels, privilégiés ou des renseignements commerciaux sur des tiers. De plus, toutes les audiences doivent être publiques et ne doivent être à huis clos que lorsqu'il est nécessaire de protéger les renseignements commerciaux confidentiels, privilégiés ou de tierces parties.

19. Plus particulièrement, dans l'APIE type, l'article 38, Accès du public aux audiences et aux documents, prévoit ce qui suit:

> 1. Les audiences tenues en vertu de la présente section sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels, y compris les renseignements confidentiels commerciaux, le tribunal pourra temporairement interdire l'accès du public aux audiences.
>
> 2. Le tribunal établit, en collaboration avec les parties au différend, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public.

3. À moins que les parties au différend n'en décident autrement, tous les documents soumis au tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.

4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.

5. Une des parties au différend pourra communiquer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaires pour la préparation de sa cause, à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

6. Les parties pourront communiquer aux représentants de leurs gouvernements fédéraux et infranationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

7. Conformément aux paragraphes 10-4 et 10-5, le tribunal n'exige pas d'une partie qu'elle communique des renseignements ou donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières, ou qu'elle estime contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité.

8. Si une ordonnance de confidentialité du tribunal a considéré comme confidentiel un renseignement auquel le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette partie l'emporte. Cependant, chaque partie s'efforce d'appliquer son droit en matière d'accès à l'information de façon à protéger les renseignements considérés comme confidentiels par le tribunal.

20. L'APIE type révisé a servi de base pour l'APIE signé avec le Pérou en 2007. Le Canada s'est fondé sur le modèle révisé d'APIE dans toutes les négociations d'APIE qu'il a entreprises depuis 2003. Le Canada participe actuellement aux négociations de sept APIE[8]. De plus, deux autres viennent à peine d'être signés[9].

21. Outre les APIE, le Canada est partie à quatre ALE en vigueur[10]. En 2008, il en a signé trois autres[11]. Parmi ces ALE, c'est l'ALENA, qui est entré en vigueur il y a 15 ans, qui est le plus ancien. Le chapitre 11 de l'ALENA

---

[8] Chine, Indonésie, Koweït, Madagascar, Mongolie, République-Unie de Tanzanie et Viet Nam.

[9] Inde et Jordanie.

[10] Costa Rica, Chili, États-Unis d'Amérique/Mexique (ALENA) et Israël.

[11] Colombie, Pérou, l'Association européenne de libre-échange.

prévoit le règlement par arbitrage des différends entre investisseurs et États. L'article 1127 de l'ALENA exige que les parties non contestantes reçoivent notification de tout arbitrage et copie de tout acte de procédure. Par ailleurs, l'article 1129 stipule que les parties non contestantes à l'ALENA ont également le droit de recevoir tous les éléments de preuve soumis au Tribunal, de même que tous les arguments écrits des parties au différend.

22. L'ALENA contient également des dispositions additionnelles visant à favoriser la publicité. L'annexe 1137.4 prévoit que "le Canada lui-même ou un investisseur contestant qui est partie à l'arbitrage pourra publier une sentence". De plus, en 2001, la CLE a publié des notes d'interprétation à caractère obligatoire affirmant l'engagement général des gouvernements participant à l'ALENA à respecter le principe de transparence et créant une présomption de divulgation publique et d'ouverture. En 2003, le Canada et les États-Unis ont diffusé des communiqués appuyant les audiences publiques en matière d'arbitrage aux termes de l'ALENA. En 2004, la CLE a de nouveau affirmé l'engagement des parties à l'ALENA en ce qui a trait à la transparence et salué l'appui du Mexique relativement aux audiences publiques.

23. L'approche qui a été adoptée pour l'ALENA relativement à la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États l'a ensuite été, y compris les Notes d'interprétation, pour l'ALE du Canada avec le Chili qui est entré en vigueur le 5 juillet 1997.

24. Pour les plus récents ALE conclus par le Canada, le libellé de l'APIE type a été utilisé comme base des négociations visant la transparence dans l'arbitrage entre les investisseurs et États, par exemple, dans le chapitre sur le traité sur l'investissement de l'ALE avec le Pérou, signé plus tôt cette année, le 29 mai 2008. L'article 835: Accès du public aux audiences et aux documents, prévoit ce qui suit:

> 1. Les audiences tenues en vertu de la présente section sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels, le Tribunal peut tenir des audiences à huis clos.
>
> 2. Le Tribunal établit, en consultation avec les parties au différend, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public.
>
> 3. À moins que les parties au différend n'en décident autrement, tous les documents soumis au Tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.
>
> 4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le Tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.
>
> 5. Une partie au différend peut divulguer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaires pour la préparation de sa cause, à

condition de faire en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

6. Les parties peuvent communiquer à des fonctionnaires de leurs gouvernements nationaux et sous-nationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

7. Conformément aux articles 2202 (Exceptions – Sécurité nationale) et 2204 (Exceptions – Divulgation de renseignements), le Tribunal n'exige pas d'une partie qu'elle communique des renseignements ou donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les processus de délibération et de décision du pouvoir exécutif au niveau du cabinet, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières, ou qu'elle estime contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité.

8. Si dans une ordonnance de confidentialité du Tribunal, ce dernier a considéré comme confidentiel un renseignement auquel le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette partie l'emporte. Cependant, chaque partie s'efforce d'appliquer sa législation en matière d'accès à l'information de façon à protéger les renseignements considérés comme confidentiels par le Tribunal.

25. Dans le même ordre d'idées, le chapitre sur l'investissement de l'ALE que le Canada a signé avec la Colombie le 21 novembre 2008, soit il y a à peine un mois, prévoit à l'article 830: Accès du public aux audiences et aux documents ce qui suit:

1. Toute sentence rendue par un tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels. À moins que les parties au différend n'en décident autrement, tous les autres documents soumis au Tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels. Il incombe à la partie au différend qui fournit des renseignements qu'elle considère confidentiels de les désigner comme tels.

2. Les audiences tenues en vertu de la présente section sont ouvertes au public. Le Tribunal peut tenir des audiences à huis clos, dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels. Le Tribunal établit, en consultation avec les parties au différend, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public.

3. Une partie au différend peut communiquer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaires pour la préparation de sa cause,

à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

4. Les parties peuvent communiquer à des fonctionnaires de leurs gouvernements nationaux et sous-nationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

5. Si dans une ordonnance de confidentialité du Tribunal, ce dernier a considéré comme confidentiel un renseignement auquel le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette partie l'emporte. Cependant, chaque partie s'efforce d'appliquer sa législation en matière d'accès à l'information de façon à protéger les renseignements considérés comme confidentiels par le Tribunal.

6. Aucune disposition de la présente section n'oblige une partie au différend à divulguer ou à fournir des renseignements ou à donner accès à des renseignements qu'elle peut ne pas rendre publics conformément à l'article 2202 (Exceptions – Sécurité nationale) ou 2205 (Exceptions – Divulgation de renseignements).

26. L'expérience récente du Canada pour ce qui a trait à la rédaction et à la négociation des dispositions relatives à la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États démontre qu'il n'est pas nécessaire que ces dispositions soient complexes. La transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités peut être assurée de façon relativement simple et ne faire l'objet que de quelques paragraphes.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

27. Les APIE et ALE les plus récents conclus par le Canada prévoient expressément la participation de tierces parties, à titre d'*amicus curiae.* L'ALENA n'aborde pas la question des observations présentées par des tierces parties. Toutefois, en 2003, la CLE a diffusé un communiqué indiquant qu'il n'y a rien dans l'ALENA qui interdise les observations de parties autres que les parties au différend, à titre d'*amicus curiae,* et que la décision d'accepter ou non ces observations relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal. Dans son communiqué, la CLE donne également des directives générales concernant la marche à suivre pour la présentation de documents à titre d'*amicus curiae.*

28. L'APIE type du Canada stipule spécifiquement que les tierces parties sont autorisées à produire des mémoires d'*amicus curiae* dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Plus précisément, l'article 39, Observations présentées par une partie autre que les parties au différend de l'APIE type à jour prévoit ce qui suit:

1. Toute partie non contestante qui est une personne d'une partie, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une partie, et qui désire présenter une observation écrite au Tribunal (la "demanderesse") fait une demande en ce sens au Tribunal, conformément à l'annexe C.39. La demanderesse joint l'observation à la demande.

2. La demanderesse signifie la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante ainsi que l'observation elle-même à toutes les parties au différend et au Tribunal.

3. Le Tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties au différend peuvent faire des commentaires sur la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante.

4. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante, le Tribunal tient compte, entre autres, de la mesure dans laquelle:

a) L'observation présentée par la partie non contestante est susceptible d'aider le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit que soulève l'arbitrage en apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particuliers qui diffèrent de ceux des parties au différend;

b) L'observation de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;

c) La partie non contestante a un intérêt substantiel dans l'arbitrage; et

d) L'arbitrage soulève une question d'intérêt public.

5. Le Tribunal veille à ce que:

a) L'observation de la partie non contestante ne perturbe pas la procédure d'arbitrage; et

b) Cette observation n'impose pas un fardeau trop lourd ni ne cause un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties au différend.

6. Le Tribunal décide s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante. Si une telle autorisation est accordée, le Tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties au différend pourront répondre par écrit à l'observation de la partie non contestante. À cette date, celle-ci pourra, conformément à l'article 34 (Participation de la partie non contestante), aborder toute question d'interprétation du présent accord soulevée dans l'observation de la partie non contestante.

7. Le Tribunal qui a accordé une autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante n'est pas tenu d'examiner cette observation au cours de l'arbitrage, pas plus que la partie en question qui a présenté l'observation n'est autorisée à présenter d'autres observations au cours de l'arbitrage.

8. L'accès aux audiences et aux documents produits par les parties non contestantes qui présentent des demandes au moyen de cette procédure est régi par les dispositions relatives à l'accès du public aux audiences et aux documents contenues dans l'article 38 (Accès du public aux audiences et aux documents).

29. Cet article a été intégré à l'APIE conclu par le Canada avec le Pérou, à titre d'article 39 dudit APIE.

30. Il a également été intégré à certains ALE. Par exemple dans l'ALE conclu entre le Canada et le Pérou, l'article 836, Observations présentées par d'autres personnes, prévoit ce qui suit:

> 1. Toute personne autre qu'une partie au différend qui désire présenter une observation écrite au Tribunal (la "demanderesse") fait une demande en ce sens au Tribunal, conformément à l'annexe 836.1. La demanderesse joint l'observation à la demande.
>
> 2. La demanderesse signifie la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une autre personne ainsi que son observation à toutes les parties au différend et au Tribunal.
>
> 3. Le Tribunal fixe une date appropriée pour que les parties au différend fassent des commentaires sur la demande d'autorisation.
>
> 4. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation, le Tribunal tient compte, entre autres, de la mesure dans laquelle:
>
> a) L'observation de la demanderesse est susceptible d'aider le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit que soulève l'arbitrage en apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particuliers qui diffèrent de celui des parties au différend;
>
> b) L'observation de la demanderesse porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;
>
> c) La demanderesse a un intérêt substantiel dans l'arbitrage;
>
> d) L'arbitrage soulève une question d'intérêt public.
>
> 5. Le Tribunal veille à ce que:
>
> a) L'observation de la demanderesse ne perturbe pas la procédure d'arbitrage; et
>
> b) Cette observation n'impose pas un fardeau trop lourd ni ne cause un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties au différend.
>
> 6. Le Tribunal décide s'il y a lieu d'accorder à la demanderesse l'autorisation de présenter une observation. Si le Tribunal accorde l'autorisation, il fixe une date appropriée afin que les parties au différend répondent par écrit à l'observation. Avant cette date, la partie non contestante peut, conformément à l'article 832, aborder toute question d'interprétation du présent accord soulevée dans l'observation.
>
> 7. Le Tribunal qui accorde une autorisation de présentation d'une observation à une demanderesse n'est pas tenu d'examiner cette observation au cours de l'arbitrage, pas plus que la personne qui a présenté l'observation n'est autorisée à présenter d'autres observations au cours de l'arbitrage.
>
> 8. L'accès aux audiences et aux documents produits par les personnes qui présentent des demandes au moyen de cette procédure est régi par les dispositions relatives à l'accès du public aux audiences et aux documents contenues à l'article 835.

31. L'ALE que le Canada a conclu avec la Colombie suit une approche très similaire dans l'ensemble, bien que moins détaillé que l'ALE avec le Pérou, notamment pour ce qui a trait aux facteurs qui doivent guider le Tribunal lorsqu'il cherche à déterminer s'il doit accepter une observation faite à titre d'*amicus curiae.* Plus particulièrement, l'article 831, Observations présentées par une partie non contestante, de l'ALE conclu avec la Colombie prévoit ce qui suit:

> 1. Le Tribunal a le pouvoir de prendre en considération et d'accepter des observations écrites d'une personne ou entité qui n'est pas une partie au différend et qui a un intérêt significatif dans l'arbitrage. Le Tribunal veille à ce que les observations présentées par une partie non contestante ne perturbent pas la procédure et n'imposent pas un fardeau trop lourd ni ne causent un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties au différend.
>
> 2. La partie non contestante demande au Tribunal l'autorisation de déposer des observations et, si le Tribunal accueille la demande, dépose ses observations conformément à l'annexe 831.

32. L'expérience du Canada démontre que, comme ce fut le cas pour la rédaction et la négociation des dispositions visant à assurer la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États, la rédaction des dispositions permettant la participation du public à l'arbitrage entre investisseurs et États peut se faire sans compliquer les choses inutilement.

Question 5: Autres commentaires

33. Le Canada ne ménage aucun effort pour que la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États soit admise comme principe général de tous les traités qu'il conclut et qu'elle devienne un élément indispensable de tout arbitrage auquel il participe. Dans toutes ses pratiques, le Canada cherche à assurer la plus grande ouverture possible au public, tout en reconnaissant le besoin légitime des parties de protéger certains types de renseignements et de procéder au règlement des différends de façon rapide et efficace.

34. Le Canada estime que la CNUDCI doit d'une façon ou d'une autre assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et qu'elle doit le faire le plus tôt possible. Ces opinions ont été clairement exprimées dans des observations présentées antérieurement par le Canada à la CNUDCI, en particulier dans le document A/CN.9/662, et il n'est point nécessaire de les répéter ici.

35. L'appui du Canada à la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États est affaire de principe, mais il est guidé par son expérience, acquise tant par la rédaction de traités fondés sur des principes d'ouverture et de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États, que par la participation à des arbitrages entre investisseurs et États régis par de tels principes. L'expérience du Canada démontre clairement qu'une ouverture et une transparence accrues constituent un avantage important et qu'elles imposent peu de frais et un fardeau minimal au processus ou aux parties, lorsqu'elles sont efficacement gérées.

2. Chine

[Original: chinois]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

La Chine a adhéré à la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États en 1992 et est tenue, en vertu de la Convention, de régler ce type de différend conformément à ses dispositions. Cependant, il n'y a eu jusqu'à présent aucun arbitrage concernant des investissements fondés sur un traité et par conséquent pas d'exemples non plus de dispositions concernant la publicité ou la transparence de la procédure arbitrale entre investisseurs et l'État fondée sur des traités.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a pas eu en Chine d'arbitrage entre investisseurs et l'État fondé sur des traités dans lequel des tierces parties auraient présenté des déclarations ou seraient intervenues dans la procédure.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités bilatéraux ou multilatéraux conclus par la Chine ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités bilatéraux ou multilatéraux conclus par la Chine ne contiennent aucune disposition concernant la participation de tierces parties à des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 5: Autres commentaires

Il n'existe actuellement en Chine aucune pratique en ce qui concerne les arbitrages entre investisseurs et l'État fondés sur des traités. Étant donné le caractère confidentiel de l'arbitrage, la Chine ne juge pas approprié d'imposer des dispositions en matière de publicité et de transparence en ce qui concerne le règlement fondé sur des traités des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et l'État.

3. Danemark

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Non. À notre connaissance, il n'y a pas eu de telles affaires au Danemark.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Pas à notre connaissance.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Non.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités bilatéraux d'investissement conclus par le Danemark ne contiennent aucune disposition particulière concernant la participation de tierces parties à des procédures arbitrales.

Les traités bilatéraux d'investissement conclus par le Danemark contiennent des dispositions concernant les différends entre une partie contractante et un investisseur et les différends entre parties contractantes.

Question 5: Autres commentaires

Nous n'avons pas d'observations à formuler car, pour autant que nous le sachions, le Danemark n'a pas été impliqué dans de telles affaires.

4. République tchèque

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il n'y a qu'une seule affaire à propos de laquelle des informations concernant l'existence de la procédure arbitrale entre la République tchèque et un investisseur étranger sont publiquement disponibles: l'arbitrage entre Phoenix Action Ltd. et la République tchèque conformément au Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le n° ARJB/06/5). En ce qui concerne les arbitrages entre un investisseur étranger et la République tchèque fondés sur des traités, il n'existe aucun exemple de procédure arbitrale dans laquelle le public ou des groupes d'intérêt spécifiques pourraient avoir accès aux documents utilisés dans la procédure ou assister à l'audience.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a en République tchèque aucun exemple de cas dans lesquels des tierces parties auraient présenté des déclarations dans le contexte d'un arbitrage concernant les investissements fondé sur des traités ou seraient d'une autre manière intervenues dans la procédure.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités bilatéraux relatifs aux investissements conclus par la République tchèque ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité des procédures arbitrales relatives aux investissements fondées sur des traités.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités bilatéraux relatifs aux investissements conclus par la République tchèque ne contiennent aucune disposition concernant la participation de tierces parties à des arbitrages relatifs aux investissements.

Question 5: Autres commentaires

Il y a lieu d'ajouter, en ce qui concerne la pratique actuellement suivie en République tchèque en ce qui concerne la publicité ou la transparence des

arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités que l'État tchèque a publié plusieurs sentences arbitrales sur les sites Web du Ministère des finances (par exemple la sentence finale rendue dans l'arbitrage mené conformément au Règlement de la CNUDCI entre Ronald S. Lauder et la République tchèque, la sentence partielle rendue dans l'arbitrage mené conformément au Règlement de la CNUDCI entre CME Czech Republic B.V. et la République tchèque, et la sentence finale rendue dans l'arbitrage, également mené conformément au Règlement de la CNUDCI, entre SALUKA Investments B.V. et la République tchèque). Conformément au principe de confidentialité, ces sentences ne peuvent être publiées qu'avec l'agrément de l'autre partie au différend.

A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.2 (Original: anglais/arabe/espagnol/français)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités . . . . . .

1. Allemagne . . . . . .
2. El Salvador . . . . . .
3. Finlande . . . . . .
4. France . . . . . .
5. Grèce . . . . . .
6. Iraq . . . . . .
7. Liban . . . . . .
8. Luxembourg . . . . . .
9. Maurice . . . . . .
10. Norvège . . . . . .
11. République dominicaine . . . . . .

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités

1. Allemagne

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Nous n'avons connaissance d'aucun cas de ce type. Pour autant que nous le sachions, à ce jour les parties n'ont publié leurs observations écrites sur le site Web du CIRDI que dans une procédure arbitrale entamée à Francfort auprès de ce dernier. La procédure en question concernait la répartition du produit de la vente de 18 tonnes de porcelaines chinoises anciennes de prix récupérées par une société britannique dans l'épave du "*Diana*", qui avait sombré dans le détroit de Malacca en 1817. En l'occurrence, cependant, la Cour d'arbitrage du CIRDI s'était déclarée incompétente étant donné que les activités de récupération ne constituaient pas un investissement au sens de l'article 25 de la Convention du CIRDI (décision du 17 mai 2007).

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Nous n'avons connaissance d'aucun cas de ce type.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

L'Allemagne se fonde habituellement, en ce qui concerne les traités relatifs à la protection des investissements, sur des contrats types qui ne contiennent aucune disposition expresse concernant la transparence ou la publicité. Le contrat type se réfère néanmoins, entre autres, au Règlement du CIRDI, qui, lui, contient des dispositions à ce sujet (article 32 du Règlement d'arbitrage du CIRDI dans sa version du 10 avril 2006).

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Le contrat type utilisé par l'Allemagne pour la conclusion de ses traités relatifs à la protection des investissements ne contient aucune disposition concernant la participation de tierces parties à l'arbitrage. Le contrat type se réfère néanmoins au Règlement du CIRDI, qui contient une disposition relative à la présence de tierces parties (article 32 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, dans sa version du 10 avril 2006).

Question 5: Autres commentaires

Il conviendrait tout d'abord de préciser ce que l'on entend exactement par les expressions "transparence" et "publicité" dans le contexte des arbitrages entre investisseurs et États.

La question se pose alors de savoir quelle serait l'utilité d'élaborer de nouvelles règles concernant la transparence et la publicité et pourquoi de telles règles pourraient être nécessaires. Les procédures arbitrales sont dictées essentiellement par l'accord intervenu entre les parties. Tel devrait également être le cas des dispositions concernant la transparence et la publicité. Les procédures arbitrales entre investisseurs et États concernent aussi principalement des intérêts des investisseurs qui méritent d'être protégés. Cela étant, l'inclusion d'une disposition relative à la transparence et à la publicité devrait être subordonnée au consentement de l'investisseur. L'investisseur pourrait, par exemple, se voir reconnaître le droit de déterminer si les dispositions relatives à la transparence et à la publicité doivent ou non être appliquées dans le contexte de la procédure arbitrale.

2. El Salvador

[Original: espagnol]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il y a eu un cas d'arbitrage entre investisseurs et États à la suite d'une demande que la société espagnole Inceysa Vallisoletana a soumise au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale sur la base du traité sur la protection réciproque des investissements conclu entre l'Espagne et El Salvador (affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le n° ARB/03/26). À l'issue de la procédure, le Tribunal est parvenu à la conclusion qu'un investissement effectué contrairement à la législation d'El Salvador n'était pas protégé par le traité et ne relevait donc pas de la compétence du Tribunal. Celui-ci a déclaré que les activités de l'investisseur étaient allées à l'encontre de ces principes généraux et est parvenu à la conclusion qu'un investissement effectué illégalement ne pouvait pas bénéficier de la protection accordée par le traité conclu entre l'Espagne et El Salvador.

Une large publicité a été donnée à cette affaire en El Salvador dans la presse et à la télévision.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a eu jusqu'à présent aucun cas connu d'une tierce partie qui aurait présenté des déclarations au cours d'une procédure arbitrale.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités de libre-échange conclus par El Salvador contiennent une disposition relative à la transparence. Par exemple, l'article 10.21 du Chapitre dix (Investissements) de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis contient des dispositions relatives à la transparence des procédures arbitrales concernant les investissements. Les autres traités de libre-échange conclus par El Salvador contiennent un chapitre expressément consacré à la transparence qui s'applique à tous les autres chapitres, ce qui assure la transparence concernant les investissements.

En ce qui concerne la demande tendant à ce que soit communiqué le texte d'un traité, ceux-ci sont extrêmement volumineux et peuvent être consultés sur le site Web du Ministère de l'économie (www.minec.gob.sv).

En outre, El Salvador a conclu des accords de protection réciproque des investissements qui, sans réglementer expressément la procédure arbitrale, contiennent une clause stipulant qu'en cas d'arbitrage, celui-ci doit être mené conformément à la Loi type de la CNUDCI et/ou aux normes établies par celle-ci.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

En ce qui concerne la participation de tierces parties aux arbitrages relatifs aux investissements, la question de la participation et des droits d'une "partie" qui n'est pas partie au litige est régie par les traités de libre-échange conclus par

El Salvador, sauf le traité conclu avec le Chili. Dans le cas de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis, cette question est régie par l'article 10.20, qui stipule que le Tribunal peut accepter et examiner des "mémoires d'*amicus curiae*" d'une personne ou d'une entité qui n'est pas partie au différend.

Question 5: Autres commentaires

Étant donné l'expérience extrêmement limitée que nous avons de cette question, nous n'avons pas d'autres observations à formuler.

3. Finlande

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Non. En fait, il n'y a pas eu d'affaires d'arbitrage de ce type en Finlande.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Non.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Non.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Non.

Question 5: Autres commentaires

Non. Comme indiqué ci-dessus, la Finlande ne s'est pas trouvée impliquée, dans la pratique, dans des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

4. France

[Original: français]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il n'y a pas eu à ce jour d'arbitrage fondé sur des traités de protection des investissements engagés contre la France.

L'on peut toutefois compter au moins trois arbitrages engagés contre d'autres États, dont le siège était à Paris et dont la sentence a fait l'objet d'une publication:

– *Consortium R.F.C.C.* c. *Royaume du Maroc* (affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le n° ARB/00/6)

– *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc.* c. *République arabe d'Égypte* (affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le n° ARB/02/9)

– *Parkerings-Compagniet AS* c. *République de Lituanie* (affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le n° ARB/05/8)

Il est par ailleurs fréquent que les arbitrages CIRDI, au moins concernant la première session, et parfois les audiences, aient lieu au siège de la Banque mondiale à Paris.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a pas eu de cas, à notre connaissance, de tiers ayant présenté des déclarations dans le cadre d'un arbitrage ou étant intervenu autrement dans la procédure. Au demeurant, ces pratiques sont assez récentes.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité —
Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les accords bilatéraux conclus par la France ne comportent pas eux-mêmes des dispositions relatives à la publicité et à la transparence mais renvoient au Règlement d'arbitrage du CIRDI. La France est partie à la Convention de Washington qui a créé le CIRDI (lorsque l'État partenaire n'est pas partie à la Convention de Washington, le traité bilatéral renvoie au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Le Règlement d'arbitrage du CIRDI de 2006 comporte des dispositions relatives à la transparence et à la publicité. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI comporte également dans sa version de 2006 des dispositions relatives à la participation de tiers.

Il convient de rappeler que la France avait émis des réserves sur les amendements au Règlement d'arbitrage du CIRDI adoptés en 2006.

Question 5: Autres commentaires

Le système d'arbitrage institué par la Convention de Washington de 1965 se distingue clairement de l'arbitrage classique. S'il fait place aux règles traditionnelles de l'arbitrage commercial international, il a recours également à des procédures au caractère juridictionnel plus prononcé. Le CIRDI offre ainsi au juge arbitral un pouvoir d'initiative et de libre appréciation sans commune mesure avec le droit commun de l'arbitrage.

Cela est justifié par la spécificité de l'arbitrage en matière d'investissement. Néanmoins, la France reste attachée aux principes fondamentaux de l'arbitrage et notamment au consensualisme. À la différence d'un tribunal national, un tribunal arbitral ne tient son investiture que de la volonté commune des parties au litige. À défaut d'une telle volonté, il n'y a pas d'arbitrage possible.

Dès lors, si dans l'arbitrage en matière d'investissement, il peut sembler opportun de prévoir des règles en matière de publicité ou de transparence, cela ne doit pas conduire à porter atteinte à la volonté des parties. Plus précisément:

1. Concernant l'accès des tiers aux audiences:

Les parties doivent pouvoir conserver la faculté de s'y opposer.

2. Concernant le recours à un "*amicus curiae*":

Cette procédure peut présenter un intérêt pour les parties et pour le juge, si l'*amicus curiae* intervient pour éclairer le débat en cours et concourir ainsi à la

qualité de la procédure d'arbitrage et au règlement du litige. Pour autant, elle est étrangère à la tradition juridique de la France. Par ailleurs, dans sa mise en œuvre, cette technique peut être source d'abus et d'inégalités et doit être strictement encadrée. En effet, l'intervention d'un *amicus curiae* peut élargir le différend à des personnes non parties au litige. En outre, une telle intervention entraînera des frais supplémentaires qui pourront être supportés par les deux parties, alors que les conclusions seront au soutien d'une seule.

Il convient donc que les conditions de dépôt des conclusions écrites soient encadrées et non laissées à la seule discrétion du Tribunal. Ainsi, notamment:

– Les conditions de recevabilité devraient être précisées;

– Une obligation de préservation du bon déroulement de l'instance et de protection des parties doit être imposée au Tribunal;

– Les tiers devraient justifier les raisons qui motivent le dépôt de leurs conclusions, la pertinence des sujets défendus dans leurs conclusions et leur intérêt dans l'affaire, cela afin d'éviter de surcharger la procédure par un trop grand nombre de soumissions de conclusions écrites non pertinentes;

– Un délai de soumission des conclusions doit être fixé;

– Le champ des conclusions devrait être précisé: les tiers ne doivent en aucun cas soumettre des preuves, car cela dénaturerait les débats et modifierait le nombre de protagonistes;

– L'intervention devrait être limitée aux seules personnes privées: un État ne doit pas pouvoir soumettre des conclusions écrites, au risque de déséquilibrer l'égalité des armes entre les parties et conduire le Tribunal arbitral à juger un différend entre États.

Enfin, les parties devraient, en toute hypothèse, pouvoir s'opposer à la soumission de telles conclusions.

3. Concernant la publicité:

Il est de l'intérêt des États et des investisseurs de pouvoir disposer d'une information sur l'issue des instances et connaître les raisonnements juridiques suivis par les tribunaux arbitraux, ne serait-ce que pour éviter d'éventuels contentieux. Cependant, le principe de l'accord des parties à la publication de l'intégralité des sentences ne doit pas être remis en cause.

5. Grèce

[Original: français]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Nous ne connaissons pas de cas d'arbitrage entre l'État hellénique et un investisseur, dont la procédure et le dossier ont fait l'objet d'une publicité ou d'une transparence, permettant l'observation de la procédure arbitrale et l'accès au dossier par des tiers, n'ayant pas la qualité des parties au procès ou de leurs conseils juridiques. Bien que les parties puissent adopter des telles

mesures, puisque les dispositions réglant l'arbitrage en droit hellénique (articles 867 et suivants du Code de procédure civile hellénique et loi n° 2735/1999 sur l'arbitrage commercial international, basée sur la Loi type de la CNUDCI) sont de caractère supplétif, permettant aux parties d'en convenir autrement, celles-ci et notamment les investisseurs ne l'ont jamais demandé; la raison principale est que ces entrepreneurs n'aiment pas divulguer au public des éléments et des secrets sur leur activité économique qui peuvent servir à leurs concurrents.

Ainsi, sans le consentement des parties, le dossier du procès arbitral n'est pas accessible aux tiers, même après sa déposition au greffe du Tribunal d'instance, selon l'article 893 du Code de procédure civile hellénique, les éléments du dossier sont considérés comme des données à caractère personnel, protégés par l'article 9a de la Constitution hellénique et communautaire européenne (loi n° 2472/1997 qui introduit la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil).

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Ce n'est pas exclu, mais toujours avec le consentement des parties; nous ne connaissons pas de cas d'arbitrage pour des raisons qui viennent d'être expliquées ci-dessus.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

La Grèce a ratifié (par le décret-loi n° 608 de 1968 publié au *Journal officiel* n° 263/1968, fascicule A) la Convention de Washington "sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États", qui prévoit des procédures de médiation et d'arbitrage dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investisseurs (CIRDI), créé au sein de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Selon l'article 44 de cette convention, la procédure arbitrale qui est soumise à ce centre se déroule, sauf convention contraire des parties, selon le Règlement en vigueur. Pour autant que nous le sachions, même les arbitrages soumis par l'État hellénique et les investisseurs étrangers à ce centre n'ont pas été menés selon des procédures ouvertes à des tierces parties ou à des procédures transparentes.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Non, il n'existe pas de dispositions permettant à des tiers de s'immiscer dans une procédure arbitrale à laquelle ils ne sont pas parties.

Question 5: Autres commentaires

Indépendamment de la Convention de Washington de 1968 mentionnée ci-dessus, l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends entre l'État (la Grèce) et des investisseurs (nationaux ou étrangers) est prévu aussi par la législation interne hellénique et notamment par le décret-loi n° 2687/1953 concernant la protection des capitaux étrangers investis en Grèce; ce texte a une valeur formelle renforcée (il ne peut pas être aboli par une simple loi) parce qu'il a été promulgué en exécution de l'article 112 de la Constitution hellénique de 1952 et continue à avoir cette valeur renforcée par l'article 107 de la Constitution hellénique actuellement en vigueur (qui remonte à 2007).

D'après cette législation, les parties peuvent convenir de soumettre leur différend à un arbitrage ad hoc ou à un arbitrage institutionnel, à leur gré. Cependant, les parties aux procédures arbitrales concernant des investissements n'ont pas opté pour la publicité ou la transparence.

En conclusion, nous pouvons dire que la pratique de publicité et de transparence de la procédure arbitrale n'est pas appliquée en Grèce et ceci de façon presque générale. La seule possibilité pour un tiers de prendre connaissance du dossier de l'arbitrage est d'attaquer la sentence arbitrale par une action en nullité devant la Cour d'appel, en invoquant un intérêt juridique précis (articles 898 et 899 du Code de procédure civile hellénique).

6. Iraq

[Original: arabe]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il n'y a pas eu d'arbitrages fondés sur des traités entre l'Iraq et des investisseurs.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a pas eu de cas dans lesquels des tiers ont présenté des déclarations dans le cadre d'arbitrages relatifs à des investissements fondés sur des traités (comme des mémoires d'*amicus curiae*).

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

La loi n° 13/2006 relative aux investissements dispose que les différends sont soumis à l'arbitrage dans les cas suivants:

a) Lorsque, lors de la conclusion d'un contrat avec un investisseur, les parties conviennent d'un mécanisme de règlement des différends par l'arbitrage conformément à la législation iraquienne ou au règlement d'une entité internationalement reconnue (m/17/14);

b) Lorsque le contrat régissant les relations entre les deux parties stipule que tout différend commercial pouvant surgir entre l'Office national iraquien des investissements ou une entité non gouvernementale iraquienne et des investisseurs soumis à la loi n° 13/2006 relative aux investissements sera soumis à l'arbitrage (m/27/5).

7. Liban

[Original: arabe]

La lettre susmentionnée contient un certain nombre de questions générales concernant la transparence des arbitrages entre investisseurs et États. Après avoir analysé les conventions d'arbitrage conclues entre l'État libanais et d'autres États, nous avons constaté que lesdits traités n'apportaient pas de réponse aux questions posées.

Il y a lieu de mentionner toutefois que le législateur libanais a accordé une attention spéciale à l'arbitrage. L'arbitrage est l'une des procédures prévues

par le Code libanais de procédure civile, qui est conforme aux accords internationaux applicables. La législation libanaise autorise le recours à l'arbitrage pour le règlement des questions concernant le commerce international et autorise également un arbitrage interne conformément aux articles 762 et suivants du Code.

Dans le cas de l'arbitrage international, le législateur a laissé aux parties la latitude de choisir la méthode de désignation des arbitres et le droit à appliquer pour régler le litige. Il a également reconnu les sentences arbitrales rendues à l'étranger ou à l'issue d'arbitrages internationaux et a défini les modalités applicables à cet égard.

8. Luxembourg

[Original: français]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Non, il n'existe pas de tels cas à notre connaissance.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Non, il n'existe pas de tels cas à notre connaissance.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

A priori il ne semble pas exister de telles dispositions.

Une liste de référence des publications mentionnées depuis mai 1944 au Mémorial A, le Journal officiel luxembourgeois, comprenant les mots "traité" et "arbitrage" peut être consultée via Internet sur le site www.legilux.public.lu. Compte tenu du nombre de publications concernées (plus de 200), un examen détaillé de l'ensemble des dispositions n'a pu être effectué. Par ailleurs, il est à relever que le Luxembourg a ratifié la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international faite à Genève le 21 avril 1961, l'Arrangement relatif à l'application de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial fait à Paris le 17 décembre 1962 et la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Voir la réponse à la question 3.

Question 5: Autres commentaires

Nous n'avons pas de commentaires à formuler.

9. Maurice

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il n'y a à l'heure actuelle aucun cas d'arbitrage entre investisseurs et États dans lesquels Maurice se trouverait impliqué.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Étant donné la réponse donnée à la question 1 ci-dessus, il n'y a eu aucun exemple de ce type.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Maurice a ratifié plusieurs traités bilatéraux concernant cette question mais aucun d'eux ne contient de dispositions expresses concernant la transparence ou la publicité de la procédure arbitrale. En outre, le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule que l'audience a lieu à huis clos à moins que les parties n'en conviennent autrement. Le Tribunal arbitral peut demander aux témoins de quitter la salle pendant la déposition d'un autre témoin.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Maurice a ratifié de nombreux accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements mais ces traités ne contiennent pas de dispositions spécifiques concernant la participation de tierces parties à la procédure arbitrale.

Les accords en question ne réglementent que la constitution du Tribunal arbitral et la désignation des arbitres. L'on trouve de fréquentes références, dans les accords relatifs à la promotion et à la protection des investissements auxquels Maurice est partie, à des organes internationaux d'arbitrage comme les instances ad hoc constituées en application du Règlement d'arbitrage ou de la Loi type relative à l'arbitrage de la CNUDCI ou du Règlement du CIRDI. Les dispositions des textes pertinents, qui font partie du droit interne de Maurice, autorisent jusqu'à un certain point l'intervention de tierces parties.

Par exemple, le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage du CIRDI) contient les dispositions ci-après:

1. L'article 18 réglemente la présence à l'audience de personnes autres que les parties elles-mêmes. Celles-ci peuvent être représentées ou "assistées" par différentes personnes, à savoir des agents, des conseillers ou des avocats "dont les noms et les pouvoirs doivent être notifiés par lesdites parties au Secrétaire général, qui en informe sans délai le Tribunal et l'autre partie".

2. L'article 32 réglemente la procédure orale devant le Tribunal, laquelle "consiste en l'audition par le Tribunal des parties, de leurs agents, conseillers et avocats, et des témoins et experts".

> Le paragraphe 2 de l'article 32 se lit comme suit: "Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées".

3. L'article 37 (Soumissions des parties non contestantes) dispose notamment ce qui suit:

> 1. Si le Tribunal juge nécessaire de se transporter sur les lieux ou d'y procéder à une enquête, il prend une ordonnance à cet effet. L'ordonnance définit la portée du transport sur les lieux ou l'objet de l'enquête, les délais, la procédure à suivre et autres modalités particulières. Les parties peuvent participer à tout transport sur les lieux et à toute enquête.
>
> 2. Après avoir consulté les deux parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la "partie non contestante") de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend.

Question 5: Autres commentaires

Il est généralement admis que le caractère confidentiel de la procédure est l'une des caractéristiques les plus attrayantes et les plus avantageuses de l'arbitrage. Ce point de vue continue essentiellement de prévaloir en ce qui concerne les procédures arbitrales. À ce jour, Maurice ne s'est pas trouvé directement impliquée dans des arbitrages entre États et investisseurs fondés sur des traités.

10. Norvège

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il n'y a pas eu d'affaires et il n'y a en instance aucune affaire dans lesquelles aurait été ou se trouverait impliqué l'État norvégien et dans lesquelles se serait posée la question de la publicité ou de la transparence de la procédure arbitrale.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a en Norvège aucun exemple de cas dans lesquels des tierces parties auraient présenté des soumissions dans le cadre d'arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par la Norvège ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par la Norvège ne contiennent aucune disposition concernant la participation de tiers à des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 5: Autres commentaires

La Norvège appuie l'introduction d'éléments de transparence ainsi que la possibilité pour des tiers de participer aux arbitrages fondés sur des traités. Un projet d'accord type relatif aux investissements qui a été publié le 28 janvier 2008 pour consultation du public contient deux dispositions à ce sujet.

11. République dominicaine

[Original: espagnol]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Jusqu'à présent, seule la procédure dans l'affaire entre la République dominicaine et TCW a été rendue publique.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Non.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les articles 10.14 et 10.21 de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis contiennent des dispositions concernant la transparence. Tel est également le cas de l'article IX de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine et la Communauté des Caraïbes (CARICOM); de l'article 9.12 du traité de libre-échange entre l'Amérique centrale et la République dominicaine; de l'article XI de l'accord bilatéral relatif aux investissements entre la République dominicaine et les Pays-Bas; de l'article 15 de l'accord bilatéral entre la République dominicaine et la Finlande; de l'article XIII de l'accord bilatéral entre le Chili et la République dominicaine; de l'article IX de l'accord bilatéral entre la République dominicaine et l'Argentine; de l'article XI de l'accord bilatéral entre la Suisse et la République dominicaine; de l'article XI de l'accord bilatéral entre la République dominicaine et le Panama; et de l'article 14 de l'accord bilatéral entre l'Équateur et la République dominicaine.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Article 10.20, paragraphe 3, de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine et l'Amérique centrale et les États-Unis.

Question 5: Autres commentaires

Toutes les procédures concernant le règlement des différends entre investisseurs et États doivent être menées de manière transparente.

A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3 (Original: anglais/ espagnol/français/russe)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités . . . . . .

1. Espagne . . . . . .
2. États-Unis d'Amérique . . . . . .
3. Fédération de Russie . . . . . .
4. Pologne . . . . . .
5. Tunisie . . . . . .
6. Turquie . . . . . .

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités

1. Espagne

[Original: espagnol]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Il n'y a eu aucun cas d'arbitrage entre investisseurs et l'État espagnol fondé sur des traités conclus par l'Espagne dans lequel se soit posée la question de la publication ou de la transparence de la procédure.

Selon le site Web du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), le Royaume d'Espagne n'a été impliqué que dans une affaire, l'affaire *Emilio Agustín Maffezini* (demandeur) c. *Royaume d'Espagne* (défendeur) inscrite au rôle du CIRDI sous le numéro ARB/97/7, dans laquelle, conformément au paragraphe 5 de

l'article 48 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, les parties sont convenues que la décision rendue serait publiée.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a eu en Espagne aucune affaire dans laquelle des tierces parties aient présenté des mémoires à l'occasion d'un arbitrage relatif aux investissements fondé sur un traité.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Aucun des traités bilatéraux conclus par l'Espagne ne comporte de disposition concernant la transparence ou la publication de la procédure d'arbitrage concernant des investissements fondé sur un traité.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Aucun des traités bilatéraux conclus par l'Espagne ne contient de disposition concernant la participation de tierces parties à un arbitrage relatif aux investissements fondé sur un traité.

2. États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Les États-Unis sont foncièrement attachés à la transparence de leurs arbitrages entre investisseurs et États. Ils mettent à la disposition du public tous les documents concernant les procédures intentées à leur encontre en application du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), étant entendu que lesdits documents peuvent être expurgés afin de protéger les informations confidentielles. Les informations qui, en application du chapitre 11, ne sont pas divulguées comprennent, comme indiqué dans l'interprétation de la Commission du libre-échange (CLE) de l'ALENA, les informations commerciales confidentielles, ainsi que les informations dont la divulgation est interdite par le droit interne de l'une des parties ou par le règlement d'arbitrage pertinent[1]. Dans la pratique, le Département d'État des États-Unis affiche sur son site Web les exposés présentés ainsi que les ordonnances et décisions rendues dans les actions intentées contre les États-Unis en application du chapitre 11[2].

Les États-Unis sont également favorables à la tenue d'audiences publiques dans les actions intentées en application du chapitre 11 de l'ALENA. Comme ils l'ont déclaré en 2003, les États-Unis "consentiront et demanderont aux

---

[1] Voir, Interprétation par la Commission du libre-échange de certaines dispositions du chapitre 11 (31 juillet 2001), disponible à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf. Voir également l'article 2105 de l'ALENA (Protection contre la divulgation d'informations qui ferait obstacle à l'application des lois ou qui serait contraire à la législation d'une partie concernant la protection du droit à la vie privée ou de certaines informations de caractère financier).

[2] Voir http://www.state.gov/s/l/c3741.htm.

investisseurs en litige et, s'il y a lieu, aux tribunaux, de consentir à ce que les audiences concernant des différends relevant du chapitre 11 auxquels ils sont parties soient ouvertes au public, sauf lorsque le huis clos doit être prononcé pour protéger des informations confidentielles, y compris des informations confidentielles de caractère commercial"[3].

Les États-Unis ont participé à la première audience publique tenue en application du chapitre 11 de l'ALENA dans l'affaire *Methanex* c. *États-Unis*, qui a fait jurisprudence. Dans cette affaire et dans deux autres actions intentées contre les États-Unis en application du chapitre 11 de l'ALENA, *Glamis Gold Ltd.* c. *États-Unis* et *Consolidated Cases Regarding the Border Closure due to BSE Concerns*, le public a pu suivre la procédure grâce à une retransmission par télévision en circuit fermé[4]. Les procès-verbaux d'audience dans les affaires *Methanex*, *Glamis* et *BSE* peuvent être consultés sur le site Web du Département d'État des États-Unis[5].

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Des tierces parties ont présenté des mémoires d'*amicus curiae* dans trois affaires intentées contre les États-Unis en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Premièrement, dans l'affaire *Methanex* c. *États-Unis*, l'International Institute for Sustainable Development and Earthjustice (agissant au nom de Bluewater Network, de Communities for a Better Environment et du Center for International Environmental Law) a été autorisé à présenter des exposés écrits. Ces exposés peuvent être consultés à l'adresse http://www.state.gov/s/l/c5818.htm.

Dans l'affaire *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, le Tribunal a autorisé la Nation indienne Quechan, la National Mining Association, Amis de la Terre, le Sierra Club et Earthworks à soumettre des mémoires en qualité d'*amicus curiae*. Ces mémoires peuvent être consultés à l'adresse http://www.state.gov/s/l/c10986.htm.

Plus récemment, le Bureau du Chef national de l'Assemblée des Premières Nations a, sans joindre de demande d'autorisation, présenté un exposé en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *Grand River Enterprises* c. *États-Unis*; ce mémoire peut être consulté à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf. Le Tribunal appelé à statuer dans l'affaire *Grand River* n'a pas pris de décision sur la recevabilité de l'exposé de l'Assemblée des Premières Nations et a invité les parties à formuler leurs observations à ce sujet dans leur réplique et leur duplique respectives, qui doivent être présentées au cours des quelques prochains mois.

---

[3] Voir Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations (7 octobre 2003), disponible à l'adresse http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

[4] Dans l'affaire *Glamis*, le huis clos a été prononcé pour de brèves périodes lorsque devaient être présentées des informations de caractère confidentiel.

[5] Voir http://www.state.gov/s/l/c5818.htm (*Methanex*), http://www.state.gov/s/l/c10986.htm (*Glamis*) et http://www.state.gov/s/l/c14683.htm (*BSE*).

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

À l'annexe 1137.4 de l'ALENA, les États-Unis ont spécifié que "dans les actions dans lesquelles ils sont impliqués, les États-Unis ou un investisseur partie à l'arbitrage peuvent rendre publique la sentence". En outre, la Commission du libre-échange de l'ALENA a adopté en 2003 l'interprétation ci-après du chapitre 11 de l'ALENA:

Aucune disposition de l'ALENA n'impose d'obligation générale de confidentialité aux parties à un arbitrage mené en application du chapitre 11 et, sous réserve de l'article 1137 4), aucune disposition de l'ALENA n'interdit aux Parties de rendre publics les documents soumis à un tribunal constitué en vertu du chapitre 11 ou établi par celui-ci[6].

En outre, les parties à l'ALENA sont convenues "de mettre opportunément à la disposition du public tous les documents soumis à un tribunal constitué en vertu du chapitre 11 ou établi par celui-ci, lesquels seront néanmoins expurgés pour en éliminer: 1) les informations confidentielles de caractère commercial; 2) les informations protégées ou dont la divulgation est de quelque autre manière interdite par le droit interne de la partie intéressée; et 3) les informations qu'il est interdit à la partie intéressée de divulguer conformément au règlement d'arbitrage pertinent"[7].

De même, le Traité bilatéral type relatif aux investissements établi par les États-Unis en 2004 (TBTI) impose au défendeur de mettre à la disposition du public "les pièces, mémoires et motions soumis au Tribunal" par les parties au différend ou les parties non contestantes, ainsi que les interventions d'*amicus curiae*[8]. Le défendeur est également tenu, en vertu du TBTI, de mettre à la disposition du public "les ordonnances, sentences et décisions rendues par le Tribunal", ainsi que les procès-verbaux d'audience, "lorsqu'ils sont disponibles"[9]. Par ailleurs, aux termes du TBTI, les audiences doivent être "publiques", sous réserve de l'adoption de "dispositions appropriées" pour éviter la divulgation d'informations protégées[10].

En ce qui concerne la non-divulgation d'informations protégées en général, le paragraphe 3 de l'article 29 du TBTI prévoit qu'"[a]ucune disposition du présent article ne fait au défendeur l'obligation de divulguer des informations protégées ou de donner accès à des informations qu'il est autorisé à ne pas divulguer conformément à l'article 18 [Confidentialité] ou à l'article 19 [Divulgation de l'information]"[11]. Aux termes du TBTI, lorsqu'une partie au

---

6 Interprétation par la Commission du libre-échange de certaines dispositions du chapitre 11 (31 juillet 2001), disponible à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf.

7 Ibid.

8 Voir TBTI, art. 29, par. 1), disponible à l'adresse http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf.

9 Voir TBTI, art. 29, par. 1).

10 Voir TBTI, art. 29, par. 2).

11 Le TBTI définit les "informations confidentielles" comme étant "les informations confidentielles de caractère commercial ou les informations qui sont considérées comme confidentielles ou dont la divulgation est de quelque autre manière interdite par la législation d'une partie". Voir TBTI, article premier. L'article 18 du TBTI dispose, dans ses passages

différend soumet un document contenant des informations qui doivent à son avis être protégées, elle doit également en présenter des versions expurgées[12]. En pareil cas, seule la version expurgée est rendue publique[13]. Le TBTI prévoit en outre que le Tribunal statue sur toute objection concernant le caractère confidentiel ou non de certaines informations[14].

Les accords relatifs aux investissements négociés par les États-Unis depuis 2002 reflètent les dispositions du TBTI en matière de transparence[15].

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Le paragraphe 3 de l'article 28 du TBTI dispose que "[l]e Tribunal est habilité à admettre et examiner les mémoires présentés à titre d'*amicus curiae* par une personne ou une entité non contestante". Comme les dispositions relatives à la transparence dont il est question dans la réponse à la question 3 ci-dessus, les accords relatifs aux investissements négociés par les États-Unis depuis 2002 reflètent les dispositions du TBTI concernant les mémoires d'*amicus curiae*[16].

En outre, la Commission du libre-échange de l'ALENA a déclaré qu'en ce qui concerne la participation d'un tiers à des arbitrages relevant du chapitre 11 de

---

pertinents, qu'aucune disposition du Traité ne doit être interprétée comme "faisant à une partie l'obligation de divulguer des informations ou de donner accès à des informations dont elle considère que la divulgation pourrait porter atteinte à ses intérêts essentiels". L'article 19 du TBTI interdit la divulgation d'informations qui "ferait obstacle à l'application des lois ou serait pour quelque autre raison contraire à l'intérêt public ou porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées".

12 TBTI, art. 29, par. 4).

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Voir, par exemple, Accord bilatéral relatif aux investissements entre les États-Unis et l'Uruguay, art. 29; Accord bilatéral relatif aux investissements entre les États-Unis et le Rwanda, art. 29 (l'un et l'autre peuvent être consultés à l'adresse http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/BIT/Section_Index.html). Les chapitres concernant les investissements des accords de libre-échange ci-après, disponibles à l'adresse http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html, comprennent, en matière de transparence, des dispositions semblables: Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine, art. 10.21; Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, art. 10.20; Accord de promotion du commerce entre les États-Unis et la Colombie, art. 10.21; Accord de promotion du commerce entre les États-Unis et le Pérou, art. 10.21; Accord de libre-échange entre les États-Unis et la République de Corée, art. 11.21; Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc, art. 10.20; Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Oman, art. 10.20; Accord de promotion du commerce entre les États-Unis et le Panama, art. 10.21; et Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, art. 15.20.

16 Voir, par exemple, l'Accord bilatéral relatif aux investissements entre les États-Unis et l'Uruguay, art. 28; et l'Accord bilatéral relatif aux investissements entre les États-Unis et le Rwanda, art. 28. Les chapitres relatifs aux investissements des accords de libre-échange ci-après contiennent des dispositions semblables concernant les mémoires d'*amicus curiae*: Accord de libre-échange entre la République dominicaine et l'Amérique centrale et les États-Unis, art. 10.20; Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, art. 10.19; Accord de promotion du commerce entre les États-Unis et la Colombie, art. 10.20; Accord de promotion du commerce entre les États-Unis et le Pérou, art. 10.20; Accord de libre-échange entre les États-Unis et la République de Corée, art. 11.20; Accord de libre-échange entre les États-Unis et Maroc, art. 10.19; Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Oman, art. 10.19; Accord de promotion des échanges entre les États-Unis et le Panama, art. 10.20; et Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, art. 15.19.

l'ALENA, "aucune disposition de l'ALENA n'affecte le pouvoir du Tribunal d'admettre des exposés écrits d'une personne ou entité qui n'est pas partie au litige"[17].

La Commission du libre-échange a demandé que les tribunaux constitués en application du chapitre 11 adoptent des lignes directrices spécifiques lors de leur examen d'éventuels mémoires d'*amicus curiae*[18]. Les lignes directrices élaborées par la Commission stipulent que tout mémoire d'*amicus curiae* doit être accompagné d'une demande d'autorisation, spécifier les informations qui doivent figurer dans la demande, limiter la longueur et la portée des mémoires d'*amicus curiae* et indiquer les différents facteurs que les tribunaux constitués en vertu du chapitre 11 doivent prendre en considération pour décider s'il y a lieu d'autoriser la présentation d'un tel mémoire. En outre, selon les lignes directrices de la Commission, le Tribunal doit s'assurer que la présentation de mémoires d'*amicus curiae* ne perturbera pas la procédure, n'imposera pas un fardeau injustifié à une partie au différend ou ne portera pas indûment préjudice à celle-ci.

Question 5: Autres commentaires

Les États-Unis considèrent, comme le reflète leur pratique, que les arbitrages entre investisseurs et États doivent être menés de façon transparente. Cette transparence suppose la communication opportune des exposés présentés et des décisions rendues dans ces arbitrages ainsi que des audiences publiques, sous réserve de la non-divulgation d'informations protégées. Cette transparence suppose également la participation de tiers, lorsque celle-ci est appropriée et à condition qu'elle ne perturbe pas la procédure, n'impose pas un fardeau injustifié à une partie au différend ou ne porte pas indûment préjudice à celle-ci.

3. Fédération de Russie

[Original: russe]

Aux termes de la loi relative aux investissements étrangers en Fédération de Russie, les questions liées au règlement des différends soulevées par des investisseurs étrangers à propos de leurs investissements et de leurs activités commerciales en Fédération de Russie peuvent, conformément aux accords internationaux conclus par celle-ci, être réglées par un tribunal ordinaire, un tribunal arbitral ou un tribunal arbitral international.

Les accords internationaux réglementant les conditions et procédures de règlement des différends relatifs aux investissements sont essentiellement les accords intergouvernementaux bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection réciproque des investissements de capitaux.

Lesdits accords, conclus par le Gouvernement de la Fédération de Russie depuis juin 1992, contiennent un certain nombre de dispositions types touchant le

---

[17] Déclaration de la Commission du libre-échange concernant la participation de parties non contestantes (7 octobre 2003), disponible à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf.

[18] Ibid.

règlement des différends entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante. Les règles de procédure applicables au règlement des différends relatifs aux investissements figurant dans les accords en question, qui sont également des règles standard, ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité de la procédure arbitrale ou la participation de tierces parties à la procédure. Ces accords contiennent cependant une disposition aux termes de laquelle, si le différend ne peut pas être réglé par voie de négociation, l'investisseur peut le soumettre pour règlement à un tribunal compétent ou à un tribunal arbitral de la partie contractante sur le territoire de laquelle les investissements ont été effectués, à un tribunal arbitral ad hoc constitué conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, à l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, etc. Ainsi, le différend est réglé conformément à la législation d'une partie contractante ou au règlement de l'une des institutions susmentionnées.

Selon les informations disponibles, il n'y a eu en Fédération de Russie aucune procédure arbitrale entre investisseurs et États dans laquelle se serait posée la question de la publicité ou de la transparence de la procédure, ni aucun cas de participation de tierces parties à une telle procédure.

Cela est dû essentiellement au fait que les accords internationaux conclus par la Fédération de Russie ne contiennent aucune disposition relative à la transparence des procédures arbitrales concernant des investissements ni à la participation des tierces parties à une telle procédure.

Il ressort de la pratique suivie en Fédération de Russie en matière d'arbitrage touchant des différends relatifs aux investissements que le principe de confidentialité prévaut.

Le but de ce principe de confidentialité, qui est l'un des principes fondamentaux à la base de la procédure arbitrale, est de protéger les secrets commerciaux et la réputation commerciale des parties. Ce principe revêt une importance particulière dans le contexte des arbitrages entre investisseurs et États, étant donné que de telles affaires font fréquemment intervenir des questions d'ordre public et les intérêts nationaux de l'État sur le territoire duquel les investissements ont été effectués.

Il semble par conséquent qu'il convienne, lorsqu'il est élaboré dans le cadre de la CNUDCI une loi type ou quelque autre instrument réglementant les questions liées à l'arbitrage des différends pouvant surgir entre un État et un investisseur étranger, d'envisager soigneusement la question de savoir s'il est opportun de remplacer (ou de compléter) le principe de confidentialité par le principe de transparence de la procédure arbitrale étant donné l'importance qu'il y a à maintenir un équilibre approprié entre les intérêts publics et privés.

4. Pologne

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Jusqu'à présent, tous les arbitrages entre investisseurs privés et la République de Pologne ont été fondés sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans

les affaires en question, les parties ont eu la faculté de tenir des audiences publiques (comme l'autorise le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement). Les audiences se sont tenues à huis clos et les informations ou documents utilisés dans le contexte de la procédure arbitrale n'ont pas été rendus publics. Les informations de caractère général concernant l'affaire, les parties ou la nature du différend, sont habituellement publiées dans la presse. Les autres informations ont un caractère confidentiel.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il y a eu une affaire dans laquelle une tierce partie a demandé à intervenir dans la procédure arbitrale en qualité d'*amicus curiae*. La question de sa participation à la procédure n'a pas encore été réglée.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités et accords conclus par la République de Pologne ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité de la procédure arbitrale. La plupart de ces traités et accords disposent que tous les différends doivent être réglés par un tribunal arbitral ad hoc constitué conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Cinq traités seulement comportent des dispositions relatives à la compétence supplétive ou exclusive du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Il n'existe aucune disposition à cet effet.

Question 5: Autres commentaires

Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel qu'il est actuellement en vigueur, permet aux parties, si elles le souhaitent, de décider que les audiences seront publiques (paragraphe 4 de l'article 25) et/ou de rendre la sentence publique (paragraphe 5 de l'article 32). En outre, un mémoire d'*amicus curiae* peut être introduit dans la procédure arbitrale avec le consentement des deux parties.

Si le Règlement d'arbitrage était modifié, il existerait le risque que les parties doivent appliquer le Règlement révisé alors même que le traité sous-jacent demeurerait inchangé. L'introduction dans le Règlement des nouvelles dispositions pourrait indirectement équivaloir à une révision du traité sans l'assentiment des parties et exiger une renégociation rapide des traités conclus si les parties n'acceptent pas le principe de transparence.

5. Tunisie

[Original: français]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

En réponse au questionnaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les pratiques arbitrales en matière de différends entre États et investisseurs étrangers, il est à signaler que la Tunisie a été le premier État à signer la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et

ressortissants d'autres États (Convention de Washington), qui a mis en place le système d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Elle est aussi signataire d'un important arsenal de conventions régionales (interarabes et maghrébines) et bilatérales (près de 60). La Tunisie est aussi un pays hôte d'investissements étrangers de tous les continents, même si les investisseurs classiques sont originaires de pays européens et arabes. Cependant, la Tunisie a eu très peu de différends avec des investisseurs étrangers. Les solutions amiables sont privilégiées et les divergences de vues sont généralement réglées grâce à l'attitude compréhensive de la partie tunisienne. Les quelques différends qui ont surgi et qui ont été soumis à l'arbitrage du CIRDI ou ad hoc sont les suivants:

A. L'affaire *Ghaith R. Pharaon* c. *Tunisie et l'Office national du tourisme*. Cette action, introduite par un investisseur d'Arabie saoudite en 1986, a été portée devant le CIRDI, et elle a été inscrite au rôle sous le numéro ARB/86/1. Un tribunal arbitral a été constitué, mais le différend a été réglé à l'amiable. Cette affaire est mentionnée sur le site Web du CIRDI à l'adresse http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded. L'affaire a été réglée sur la base des dispositions de la Convention de Washington et de l'Accord bilatéral relatif aux investissements conclus entre la Tunisie et l'Arabie saoudite.

Résultats de procédure: Le différend a été réglé d'un commun accord entre les parties et il a été mis fin à la procédure à leur demande (ordonnance prenant acte du désistement des parties rendue par le Tribunal le 21 novembre 1988 conformément au paragraphe 1 de l'article 43 du Règlement d'arbitrage).

B. L'affaire *Tanmiah for Management & Marketing Consultancy* c. *Tunisie et le Comité d'organisation des Jeux méditerranéens de Tunis 2001*. Le demandeur avait intenté l'action arbitrale devant un collège arbitral ad hoc mais avait été débouté. Il a alors institué une nouvelle procédure devant la Cour arabe des investissements, qui opère sous les auspices de la Ligue des États arabes. L'affaire, inscrite au rôle sous le numéro 1/1 Q, IIC 238 (2006), a donné lieu à une décision de rejet le 12 octobre 2006. Voir http://www.investmentclaims.com/IIC_238_(2006).pdf. Décision: rejet de l'affaire. "La Cour a décidé: premièrement, de rejeter la demande du premier défendeur (l'État tunisien, représenté en la personne du Premier Ministre) tendant à ce qu'il soit mis hors de cause; deuxièmement: de rejeter les conclusions présentées par le deuxième défendeur (Comité d'organisation des Jeux méditerranéens de Tunis 2001); troisièmement: de rejeter dans son intégralité l'action intentée par le demandeur à l'encontre des premier et deuxième défendeurs, et de condamner le demandeur aux dépens au titre de l'action introduite devant la Cour arabe des investissements; quatrièmement: de juger irrecevable la requête interlocutoire présentée par le deuxième défendeur (Comité d'organisation des Jeux méditerranéens de Tunis 2001); et, cinquièmement: que chacune des parties devra prendre à sa charge ses propres honoraires d'avocat."

Il est cependant à préciser que la Cour arabe des investissements est une juridiction officielle à caractère interétatique créée par une convention internationale et non pas une institution d'arbitrage.

C. L'affaire *ABCI Investments N.V.* c. *République de Tunisie* (inscrite au rôle du CIRDI sous le numéro ARB/04/12). Objet du litige: acquisition d'actions dans une banque; date d'enregistrement de l'affaire: 6 avril 2004; date de constitution du Tribunal: 5 octobre 2007. L'affaire est encore pendante. Le 2 juillet 2008, le Tribunal a rendu une ordonnance procédurale concernant la représentation du défendeur (qualité du Chef du contentieux de l'État pour représenter l'État) et la validité de la désignation de l'arbitre par le défendeur. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance de procédure concernant les demandes de garanties bancaires présentées par les parties.

La demande était fondée sur les dispositions de la Convention de la Ligue des États arabes sur l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes (1980).

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'existe pas de cas dans lesquels des tiers ont présenté ou soumis des déclarations dans le cadre d'un arbitrage en matière d'investissements fondé sur des traités en qualité d'*amicus curiae* ou sont intervenus dans la procédure à un titre quelconque.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

La Tunisie est le premier pays signataire de la Convention de Washington qui a mis en place un système de procédure arbitrale transparente, avec publication d'informations sur les procédures en cours et mise en ligne de toutes les décisions des tribunaux arbitraux, y compris les sentences définitives.

À l'échelle bilatérale et régionale (maghrébine et interarabe), la Tunisie a opté pour un modèle de convention bilatérale de protection et de promotion des investissements qui ne prévoit pas de dispositions particulières pour assurer la publicité de la procédure.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Le modèle tunisien de convention bilatérale de protection et de promotion des investissements ne prévoit pas de dispositions permettant aux tiers d'intervenir dans des procédures arbitrales relatives aux investissements.

Question 5: Autres commentaires

La publication des sentences arbitrales par certaines institutions telles que le CIRDI est un moyen important qui permet aux États de suivre l'évolution de la matière et d'avoir connaissance des interprétations données aux dispositions des traités, notamment la Convention de Washington du 18 mars 1965 par les arbitres internationaux. Les États peuvent ainsi prédire les résultats de la procédure et, le cas échéant, éviter d'engager des actions inutiles. Cependant, la jurisprudence du CIRDI n'est pas toujours uniforme de sorte qu'elle n'est pas de nature à éclairer convenablement ceux qui consultent ces sentences et essayent d'avoir une idée exacte de l'état du droit positif et des positions jurisprudentielles du CIRDI sur les questions qui lui ont été soumises. Cet inconvénient n'est pas lié à la publicité des procès arbitraux, mais au système procédural lui-même.

5. Turquie

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Comme la Turquie a essentiellement recours au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) pour les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les questions liées à la publicité et à la transparence de la procédure sont examinées dans le cadre du système d'arbitrage susmentionné. Le public peut avoir accès aux informations concernant les affaires dans lesquelles la Turquie est impliquée par le biais du site Web du Centre (http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp). En outre, conformément à la loi n° 4982 du 9 octobre 2003 relative à l'accès à l'information, toute personne peut, sur demande écrite, obtenir des autorités compétentes des informations concernant les affaires dans lesquelles la Turquie se trouve impliquée.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a pas eu en Turquie d'affaires dans lesquelles des tierces parties auraient présenté des mémoires dans le contexte d'une procédure arbitrale relative aux investissements fondée sur un traité ou seraient de quelque manière intervenues dans la procédure.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels la Turquie est partie ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités. Toutefois, comme lesdits accords prévoient des procédures arbitrales sous l'égide d'institutions comme le CIRDI ou la Chambre de commerce internationale (CCI), la Turquie s'est engagée à appliquer le principe de confidentialité prévu par les systèmes en question.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels la Turquie est partie ne contiennent aucune disposition prévoyant la participation de tierces parties à des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités. Toutefois, comme lesdits accords prévoient généralement que les différends seront soumis à un arbitrage sous l'égide d'institutions comme le CIRDI ou parfois la CCI, ce sont les règles établies par lesdites institutions qui s'appliquent à la participation de tierces parties à la procédure.

Question 5: Autres commentaires

La Turquie, tout en considérant que les pratiques suivies actuellement par le Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements constituent un bon exemple de publicité et de transparence en matière d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, estime qu'étant donné que les principes de l'autonomie de la volonté des parties prévalent en matière d'arbitrage, ces questions (publicité et transparence) doivent être réglées sur la base de l'accord intervenu entre les parties.

A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.4 (Original: espagnol)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . . .

1. Chili. . . . . .

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

1. Chili

[Original: espagnol]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Les trois demandes d'arbitrage déposées par un investisseur étranger à l'encontre du Chili invoquaient les accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements, qui, contrairement à certains accords de libre-échange signés récemment par le Chili, ne prévoyaient aucune disposition sur la publicité ou la transparence de la procédure. Il n'existe par conséquent aucun exemple de ce type en ce qui concerne les procédures d'arbitrage international engagées à l'encontre du Chili en matière d'investissement étranger. Le Chili poursuit toutefois une politique de divulgation des sentences prononcées dans ce cadre.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Pour la même raison que celle indiquée dans la réponse précédente, le Chili n'a aucune expérience relative à l'intervention de tiers dans les procédures d'arbitrage international en matière d'investissements étrangers.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Oui, il existe des dispositions de cette nature dans tous les chapitres sur les investissements négociés dans le cadre d'un accord de libre-échange. Le Chili a conclu des accords de ce type avec le Canada (1997), le Mexique (1999), les États-Unis d'Amérique (2003), la République de Corée (2004), le Japon (2007), le Pérou (2009), l'Australie (2009) et la Colombie (2009).

Les textes de ces accords sont disponibles à l'adresse suivante: http://rc.direcon.cl/acuerdo/list o en www.direcon.cl/acuerdo/list .

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Oui, il existe, dans tous les chapitres sur les investissements négociés dans le cadre d'un accord de libre-échange, des dispositions prévoyant la participation à titre d'*amicus curiae*. Le Chili a conclu de tels accords avec le Canada (1997), le Mexique (1999), les États-Unis d'Amérique (2003), la République de Corée (2004), le Japon (2007), le Pérou (2009), l'Australie (2009) et la Colombie (2009).

Question 5: Autres commentaires

Le Chili estime qu'il convient de conserver de telles dispositions dans les accords internationaux sur les investissements. Ainsi, dans le cadre du mécanisme de règlement des litiges entre investisseurs et États, il est établi que les documents suivants devraient notamment être mis à la disposition du public: les actes de procédure, les requêtes et les dossiers présentés au tribunal par une partie contestante, les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, et les ordonnances, les décisions et les sentences du tribunal. Il est en outre établi que les audiences du tribunal sont publiques, excepté lorsqu'une partie contestante entend utiliser pendant l'audience des informations confidentielles ne pouvant être divulguées conformément à la législation nationale. Cette exigence est énoncée dans les accords suivants: États-Unis, article 10.20; Australie, article 10.22; Colombie, article 9.21; et Pérou, article 11.2.

Par ailleurs, dans les déclarations de la Commission du libre-échange de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) sur l'ouverture au public des audiences d'arbitrage entre investisseurs et États, il est établi que les parties donneront leur consentement et demanderont le consentement des investisseurs contestants et, le cas échéant, du tribunal, pour que les audiences soient rendues publiques, sauf s'il convient d'assurer la protection des informations confidentielles, notamment les informations commerciales confidentielles.

C. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/WG.II/WP.160 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-6

II. Transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités 7-47

A. Dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des litiges 7-28

1. Accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales 8-22

a) Remarques générales 8-11

b) Exemples de dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends et régissant l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences 12

i) Traité sur la Charte de l'énergie 12

ii) Modèles d'accords internationaux d'investissement proposés par des États 13-15

iii) Accords régionaux d'investissement 16-19

iv) Exemples d'accords d'investissement bilatéraux 20-22

2. Publicité des audiences 23-28

a) Remarques générales 23

b) Exemples de dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des litiges et régissant la publicité des audiences 24-28

i) Modèles d'accords internationaux d'investissement proposés par les États 24-26

ii) Accords régionaux d'investissement 27

iii) Exemples d'accords bilatéraux d'investissement 28

B. Règlements d'arbitrage utilisés pour le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités 29-47

1. Convention et règlements du CIRDI 30-34

a) Accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales 30-33

b) Publicité des audiences 34

2. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 35-37

a) Accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales. 35-36

b) Publicité des audiences 37

3. Règlements d'institutions internationales d'arbitrage. 38-47

a) Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). 38-39

b) Règlement de la London Court of International Arbitration (LCIA). 40-42

c) Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) 43-44

d) Règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association (AAA) 45-46

e) Règlements de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) pour l'arbitrage faisant intervenir des États 47

Annexe

I. Figure: Nombre de cas recensés d'arbitrage fondé sur des traités d'investissement (nombre total et cas nouveaux), 1989-2009 . . . . . .

I. Introduction

1. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission est convenue que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Quant à la portée de ces travaux, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Elle a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée à l'avenir, car il s'agissait d'un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69), y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen de la question de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités par le Groupe à une session future, la Commission a

demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États Membres à fournir au Secrétariat de nombreuses informations sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États[1]. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs (voir par. 6 ci-après) les réponses des États à un questionnaire sur leur pratique en la matière, distribué par le Secrétariat comme suite à la demande de la Commission.

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a chargé le Groupe de travail d'élaborer une norme juridique sur la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[2]. On a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager d'entreprendre des travaux sur les questions qui se posaient plus généralement lors des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont elle était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument sur l'arbitrage fondé sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait identifier d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux. Il a été convenu que toute question ainsi identifiée pourrait être portée à l'attention de la Commission à sa prochaine session, en 2011[3].

3. Un accord international d'investissement est un traité entre États visant à encourager, promouvoir et protéger les investissements. Il s'agit par exemple de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (ou traités d'investissement bilatéraux), de traités destinés à éviter la double imposition (traités de double imposition), d'autres accords bilatéraux ou régionaux de commerce et d'investissement, ou d'accords multilatéraux divers dont les parties s'engagent à libéraliser, à protéger ou à promouvoir les investissements. Les dispositions des chapitres de ces accords portant sur la protection des investissements couvrent en général les domaines suivants: portée et définition de l'investissement et de l'investisseur, règles d'entrée et d'établissement se référant aux lois et règlements de l'État d'accueil ou aux droits spéciaux conférés par le traité, dispositions sur le traitement de la nation la plus favorisée et dispositions de protection telles que traitement juste et équitable, compensation en cas d'expropriation ou de dommages causés aux investissements, garanties de libre transfert de fonds, clauses de stabilisation et mécanismes de règlement des différends entre États ou entre un investisseur et un État. Il existe à l'heure actuelle plus de 2 500 accords internationaux d'investissement[4].

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314.

[2] Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session (en préparation).

[3] Ibid.

[4] On trouvera un recueil en ligne de tous les accords internationaux d'investissement dans la base de données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

4. Les dispositions relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États figurant dans les accords internationaux d'investissement visent à établir un mécanisme de règlement des litiges permettant à un investisseur d'un État partie à un traité de soumettre à l'arbitrage international une réclamation contre un autre État partie pour violation d'une disposition du traité. L'arbitrage en matière d'investissements internationaux est l'un des domaines du règlement des différends internationaux qui connaît la plus forte croissance. Selon la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), à la fin de 2009, 350 demandes d'arbitrage fondées sur des traités et concernant des investissements avaient été introduites. Soixante-dix pour cent des réclamations concernant des litiges entre investisseurs et États et fondées sur des traités avaient été déposées après 2000 (voir annexe I)[5].

5. Jusqu'à présent, les accords internationaux d'investissement ne comprenaient généralement pas de dispositions relatives à la transparence. La plupart d'entre eux, en particulier les traités bilatéraux relatifs aux investissements, ont été conclus dans les années 1990, époque à laquelle la question de la transparence des procédures n'était pas à l'ordre du jour. En outre, de nombreux accords internationaux d'investissement renvoient à des mécanismes inspirés de l'arbitrage commercial international, principal instrument de règlement des différends entre investisseurs et États, qui, par nature, repose sur la confidentialité des procédures. L'augmentation des litiges entre investisseurs et États dans le cadre d'accords internationaux d'investissement, et notamment les premiers litiges survenant dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), début 2000, ont soulevé des questions telles que la disponibilité des informations concernant les affaires, l'accès aux sentences arbitrales relatives aux différends entre investisseurs et États et l'accès du public aux audiences. Les États ont alors commencé à traiter les questions de transparence des procédures dans leur législation et dans les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États de leurs accords d'investissement, et les institutions d'arbitrage international à examiner comment inclure la question de la transparence dans leurs règlements et procédures d'arbitrage. Seuls les accords internationaux d'investissement négociés après 2004 traitent de ces questions[6].

6. Aux fins de la présente note, la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités s'entend d'un principe général pouvant s'appliquer à plusieurs aspects de la procédure arbitrale. Les obligations de transparence en matière d'arbitrage entre investisseurs et États trouvent leur origine

---

(CNUCED), consultée le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx.

[5] Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, World Investment Report 2010 (Rapport sur l'investissement dans le monde), publication des Nations Unies, n° de vente E.10.II.D.2, p. 84, disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf. Ce chiffre ne comprend que les demandes déjà soumises à l'arbitrage et non les cas où seule la notification de l'intention de soumettre un litige à l'arbitrage a été déposée. Il convient de noter qu'il n'existe pas de registre officiel complet de ces cas.

[6] Voir *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Collection de la CNUCED consacrée aux politiques de l'investissement international pour le développement, deuxième partie, Key Issues in New Generations IIAs, section J. Investor States Dispute settlement (New York et Genève, 2006), p. 46 à 54; disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511_en.pdf.

dans divers textes juridiques, tels que les dispositions relatives au règlement des différends contenues dans des accords internationaux d'investissement, certaines règles d'arbitrage, la législation pertinente du lieu de l'arbitrage et les décisions des tribunaux arbitraux. La présente note et son additif visent à renseigner le Groupe de travail sur la mesure dans laquelle lesdits textes juridiques traitent de la question de la transparence. Pour l'aider à déterminer le contenu et la forme de ses travaux sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités, les conclusions figurant dans l'additif à la présente note contiennent des questions et des propositions qui lui sont adressées pour examen. La présente note complète le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs, qui contiennent une compilation de commentaires des États sur leurs pratiques ou leur expérience en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, en réponse au questionnaire distribué par le Secrétariat à ce sujet (voir par. 1 ci-dessus).

II. Transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités

A. Dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des litiges

7. Comme on le verra dans la présente section, lorsque les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des litiges traitent de la transparence, elles portent généralement sur l'accès du public aux documents de procédure et aux audiences et sur la publication des sentences. La présente section contient des exemples de telles dispositions tirés d'accords types ou d'accords internationaux d'investissement effectivement conclus. On notera que plusieurs accords internationaux d'investissement sont muets sur ce point et ne contiennent aucune disposition sur la transparence, laissant la réglementation applicable résoudre la question.

1. Accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales

a) Remarques générales

8. Les clauses des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des litiges et traitant de l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences prévoient généralement que les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont accessibles au public, sauf convention contraire des parties au litige, sous réserve de la suppression des informations confidentielles. Par ce terme, on désigne habituellement les informations qui ne sont généralement pas connues du public et auxquelles il n'a généralement pas accès, et dont la divulgation causerait ou risquerait de causer un préjudice à un intérêt essentiel d'un particulier ou d'une entité, ou aux intérêts d'une partie, ou constituerait une atteinte à la vie privée.

9. Les dispositions sur l'accès du public aux documents de procédure comprennent généralement une déclaration générale sur la publicité de tous les documents de procédure ou une liste des documents censés être accessibles au public. Dans le deuxième cas, on trouve sur ces listes les documents suivants: demande d'arbitrage, notification d'arbitrage, mémoires, conclusions écrites

soumises au tribunal par une partie au litige et autres communications écrites, procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles, et enfin les ordonnances, sentences et décisions du tribunal. Certains accords internationaux d'investissement laissent aux parties au différend le soin de décider si les documents doivent être rendus publics[7].

10. La responsabilité de rendre ces informations accessibles au public incombe dans certains cas au tribunal arbitral et dans d'autres cas aux parties. Lorsque les parties sont autorisées à rendre publiques les informations, certains accords internationaux d'investissement prévoient qu'elles peuvent en publier la totalité et d'autres disposent qu'une partie ne peut publier que ses propres déclarations ou communications. En général, les accords ne fournissent aucune indication sur la manière dont l'information doit être transmise au public.

11. Pour ce qui est du moment de la publication, certains accords prévoient que les informations doivent être rendues accessibles "immédiatement" ou "en temps utile", d'autres étant muets sur la question.

b) Exemples de dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends et régissant l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences

i) Traité sur la Charte de l'énergie

12. Le Traité sur la Charte de l'énergie (1994)[8] prévoit un système complet de règlement des différends portant sur les questions qu'il régit. L'article 26 offre à l'investisseur diverses possibilités de recourir à l'arbitrage international en cas de manquement allégué aux dispositions du Traité relatives aux investissements mais ne dispose pas expressément que l'existence d'une procédure doit être rendue publique. Le paragraphe 11 de l'article 19 du Model Host Government Agreement, accord type destiné à servir de modèle pour les accords conclus entre un État et des investisseurs dans le cadre de projets d'oléoducs internationaux, présenté en 2007 à la Conférence sur la Charte de l'énergie, contient une disposition relative au règlement des différends qui se lit comme suit: "Une copie de la sentence est déposée au Secrétariat de la Charte de l'énergie, qui la tient à la disposition de tous."[9]

ii) Modèles d'accords internationaux d'investissement proposés par des États

13. Les paragraphes 3 à 8 de l'article 38 de l'Accord type de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) (Canada, 2004)[10], repris dans des traités bilatéraux d'investissement effectifs[11], disposent ce qui suit:

---

[7] Voir par exemple l'accord entre les États-Unis du Mexique et le Gouvernement de la République d'Islande concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 24 juin 2005, qui dispose ce qui suit:

"Article 17 – Sentences et exécution (...) 4) La sentence finale ne sera publiée qu'avec l'accord écrit des deux parties au litige."; disponible en anglais au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/Mexico_Iceland.PDF.

[8] Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202080/v2080.pdf.

[9] Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.encharter.org/.

[10] Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.international.gc.ca/trade-agreements-

"3. À moins que les parties contestantes n'en décident autrement, tous les documents soumis au tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels. 4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels. 5. Une partie contestante pourra communiquer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaires pour la préparation de sa cause, à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents. 6. Les parties pourront communiquer aux représentants de leurs gouvernements fédéraux et infranationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents. 7. [...] le tribunal n'exige pas d'une partie qu'elle communique des renseignements ou donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières, ou qu'elle estime contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité. 8. Si une ordonnance de confidentialité du tribunal a considéré comme confidentiel un renseignement auquel le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette partie l'emporte. Cependant, chaque partie s'efforce d'appliquer son droit en matière d'accès à l'information de façon à protéger les renseignements considérés comme confidentiels par le tribunal."

14. Le Traité type des États-Unis d'Amérique sur la promotion et la protection réciproque de l'investissement[12], adopté en 2004, contient en sa section B des dispositions spécifiques sur la transparence de la procédure arbitrale. Le paragraphe 1 de l'article 29 dispose ce qui suit:

"1. Sous réserve des paragraphes 2 et 4, le défendeur communique promptement à la partie non contestante et rend accessibles au public, dès qu'il les reçoit, les documents suivants: a) la notification d'intention; b) la notification d'arbitrage; c) les conclusions, mémoires et exposés soumis au tribunal par une partie au différend et toutes les communications écrites soumises en application des paragraphes 2 [Documents présentés par des

---

accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf. Voir également les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

[11] Voir par exemple l'accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements, signé le 14 novembre 2006, dont l'article 38 sur l'accès du public aux audiences et aux documents contient des dispositions similaires à celles de l'APIE. Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/canada_peru.pdf. Voir également les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

[12] Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf. Voir aussi les commentaires des États-Unis d'Amérique dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3.

tierces parties] et 3 [Communications présentées par des *amici curiae*] de l'article 28 et de l'article 33 [Jonction]; d) les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles; et e) les ordonnances, sentences et décisions du tribunal."

15. S'agissant des informations protégées, le paragraphe 3 de l'article 29 dispose ce qui suit: "Aucune des dispositions contenues dans la présente section n'exige qu'un défendeur divulgue une information confidentielle ou fournisse ou autorise l'accès à une information qu'il peut détenir conformément aux articles 18 [Intérêts essentiels en matière de sécurité] ou 19 [Divulgation d'information]." Le paragraphe 5 du même article, qui traite des risques de conflits avec le droit interne d'une partie pour ce qui est de l'accès à l'information, dispose ce qui suit: "Aucune disposition de la présente section n'impose à un défendeur de ne pas rendre publique l'information dont la divulgation est exigée par sa législation."

iii) Accords régionaux d'investissement

16. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), portant création d'une zone de libre-échange entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et le Mexique, est entré en vigueur en janvier 1994. Son chapitre 11 traite de l'accès des parties non contestantes aux documents de procédure et aux sentences[13]. L'article 1127 dispose que les parties non contestantes reçoivent notification écrite d'une plainte soumise à l'arbitrage et des copies de toutes les pièces de procédure. Le paragraphe 1 de l'article 1129 précise que la partie non contestante a également le droit de recevoir une copie de toutes les preuves produites devant le tribunal, ainsi que des exposés écrits des parties contestantes. Le paragraphe 2 impose à la partie recevant des renseignements en application du paragraphe 1 de les traiter comme si elle était une partie contestante. Pour ce qui est de la publication des sentences, le paragraphe 4 de l'article 1137 dispose ce qui suit: "L'annexe 1137.4 s'applique aux Parties qui y sont visées pour ce qui concerne la publication d'une sentence." Cette annexe prévoit qu'en cas d'arbitrage impliquant le Canada ou les États-Unis d'Amérique l'un ou l'autre de ces pays ou un investisseur contestant qui est partie à l'arbitrage peuvent publier une sentence. Dans le cas du Mexique, la publication d'une sentence se fait conformément aux règles d'arbitrage applicables.

17. Les "Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11", publiées le 31 juillet 2001 par la Commission du libre-échange de l'ALENA, donnent les précisions suivantes sur la question de l'accès aux documents:

"a) Aucune disposition de l'ALENA n'impose aux parties contestantes dans le cadre d'un arbitrage aux termes du chapitre 11 un devoir général de confidentialité et, sous réserve de l'application de l'article 1137 4), aucune disposition de l'ALENA n'empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier. b) En application de ce qui précède: i) Conformément à l'article 1120 2), les Parties à l'ALENA conviennent qu'aucune des règles d'arbitrage pertinentes n'impose un devoir général de confidentialité ou empêche les Parties de rendre publics des

[13] Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.nafta-sec-alena.org/fr/view.aspx?x=343&mtpiID=142#An1137.4. Voir aussi les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1 et ceux des États-Unis d'Amérique dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3.

documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sauf exceptions précises et limitées énoncées expressément dans ces règles." [Les sous-alinéas restants et l'alinéa c) des Notes d'interprétation contiennent des dispositions relatives à la protection des informations confidentielles.]

18. Le Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR)[14], signé le 5 août 2004, contient en son chapitre 10, à l'article 10.21 sur la "transparence des procédures arbitrales", les dispositions suivantes:

"1. Sous réserve des paragraphes 2 et 4, le défendeur communique promptement aux parties non contestantes et rend librement accessibles, dès qu'il les reçoit, les documents suivants: a) la notification d'intention; b) la notification d'arbitrage; c) les conclusions, mémoires et exposés soumis au tribunal par une partie au différend et toutes les communications écrites soumises en application des articles 10.20.2, 10.20.3 et 10.25; d) les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles; et e) les ordonnances, sentences et décisions du tribunal. [...] 3. Aucune des dispositions contenues dans la présente section n'exige qu'un défendeur divulgue une information confidentielle ou fournisse ou autorise l'accès à une information qu'il peut détenir conformément aux articles 21.2 (Intérêts essentiels en matière de sécurité) ou 21.5 (Divulgation d'information). 4. Toute information confidentielle qui est soumise au tribunal doit être protégée selon les procédures suivantes: a) Conformément au sous-alinéa d), aucune des parties au différend ni le tribunal ne peuvent divulguer à une tierce partie ou au public une information confidentielle fournie par une partie au différend qui a clairement désigné comme telle cette information conformément au sous-alinéa b); b) La partie au différend qui estime qu'une information donnée est confidentielle la présentera clairement comme telle lorsqu'elle la communiquera au tribunal; c) La partie au différend qui présente un document contenant une information qu'elle estime confidentielle doit également présenter un document dans lequel cette information confidentielle a été supprimée. Seule cette version sera remise aux tierces parties et diffusée conformément au paragraphe 1; et d) Le tribunal peut s'opposer à ce qu'une information présentée comme confidentielle soit considérée comme telle. S'il détermine que l'information n'a pas été correctement désignée, la partie au différend qui l'a présentée peut i) retirer tout ou partie de la communication contenant cette information ou ii) accepter de présenter un document entièrement nouveau ainsi qu'un document dans lequel l'information confidentielle a été supprimée, en conformité avec la qualification établie par le tribunal et avec le sous-alinéa c). Dans chaque cas, l'autre partie au différend pourra au besoin présenter un document intégral et un nouveau document dans lequel l'information confidentielle a été supprimée, que ce soit après retrait de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en i) ci-dessus, ou après attribution d'une nouvelle qualification de l'information initialement soumise par l'autre partie

[14] Disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text. Voir également les commentaires de la République dominicaine et d'El Salvador dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.2.

au différend, comme en ii) ci-dessus. 5. Aucune disposition de la présente section n'impose à un défendeur de ne pas rendre publique l'information dont la divulgation est exigée par sa législation."

19. L'Accord portant création de la zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande (AANZFTA)[15], signé le 27 février 2009, contient en son chapitre 11, à l'article 26 (Transparence de la procédure d'arbitrage), les dispositions suivantes:

> "1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3, la partie contestante peut rendre publiques toutes les sentences et décisions rendues par le tribunal. […] 3. Les informations soumises au tribunal ou aux parties contestantes à titre expressément confidentiel ne peuvent être communiquées au public. 4. Une partie contestante peut communiquer aux personnes directement concernées par la procédure d'arbitrage les informations confidentielles qu'elle juge nécessaires à la préparation de sa cause, en exigeant que ces informations confidentielles soient protégées. 5. Le tribunal ne peut demander à une partie de fournir des informations ou de donner accès à des informations si, en le faisant, elle compromet l'application de ses lois ou contrevient à ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients particuliers d'institutions financières, ou si elle estime qu'une telle divulgation serait contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité. 6. La partie non contestante a le droit de recevoir, à ses frais, de la partie contestante, une copie de la notification d'arbitrage, au plus tard 30 jours après la date à laquelle ces documents ont été signifiés à cette dernière. La partie contestante informe toutes les autres parties de la réception de la notification d'arbitrage dans les 30 jours."

iv) Exemples d'accords d'investissement bilatéraux

20. L'Accord de renforcement du partenariat économique signé le 17 septembre 2004 par le Japon et les États-Unis du Mexique (Accord de libre-échange entre le Japon et le Mexique)[16] contient des dispositions spécifiques sur l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences. Le paragraphe 4 de l'article 94 dispose ce qui suit:

> "Chacune des parties au litige peut rendre accessibles au public, en temps utile, tous les documents soumis à un tribunal créé en application de la présente section ou établis par celui-ci, y compris les sentences, à condition d'y supprimer: a) les informations confidentielles de nature commerciale; b) les informations protégées ou dont la divulgation est de quelque autre manière interdite par le droit national de l'une des parties; et c) les informations que la partie est tenue de garder secrètes en vertu du règlement d'arbitrage applicable."

21. En outre, l'article 94 comprend une note précisant ce qui suit:

---

[15] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/contents.html.

[16] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf.

> "Pour plus de sécurité, les deux parties confirment que chacune peut communiquer aux agents de son gouvernement central ou des gouvernements locaux, dans le cas du Japon, ou de son gouvernement fédéral ou des gouvernements des États, dans le cas du Mexique, tous les documents relatifs au règlement de litige visé par la présente section, y compris les informations confidentielles, et que les parties au litige peuvent communiquer aux autres personnes concernées par la procédure d'arbitrage les documents soumis à un tribunal constitué conformément à la présente section ou établis par celui-ci, si elles estiment qu'ils sont nécessaires à la préparation de leur cause; à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les informations confidentielles que contiennent ces documents."

22. L'Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie, signé le 17 février 2003[17], autorise une partie à rendre publics ses propres documents de procédure sous réserve de protéger les informations désignées comme confidentielles. Le paragraphe 2 de l'article 7 de la section 16 (règlement des différends) dispose ce qui suit:

> "2. Les délibérations d'un tribunal arbitral et les documents qui lui sont soumis demeurent confidentiels. Aucune disposition du présent article n'interdit à une partie de rendre publics ses propres positions ou documents; à condition qu'elle préserve la confidentialité des informations soumises au tribunal par l'autre partie et désignées par celle-ci comme confidentielles. Si une partie soumet au tribunal arbitral une version confidentielle de ses conclusions écrites, elle fournit également, à la demande de l'autre partie, un résumé non confidentiel des informations contenues dans ses conclusions, qui peut être rendu public."

2. Publicité des audiences

a) Remarques générales

23. Les dispositions relatives au règlement des litiges contenues dans les accords d'investissement internationaux favorisant la transparence prévoient la tenue d'audiences ouvertes au public, sous réserve de la protection des informations confidentielles. Les dispositions logistiques sont généralement laissées à la décision du tribunal arbitral, en consultation avec les parties au litige.

b) Exemples de dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des litiges et régissant la publicité des audiences

i) Modèles d'accords internationaux d'investissement proposés par les États

24. Le paragraphe 1 de l'article 38 de l'Accord type sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) (Canada)[18], utilisé pour conclure des traités bilatéraux d'investissement effectifs[19], dispose ce qui suit:

---

[17] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2003/16.html.

[18] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf. Voir également les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

[19] Voir par exemple l'accord de promotion et de protection des investissements entre le Canada et

> "1. Les audiences tenues en vertu de la présente section sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels, y compris les renseignements confidentiels commerciaux, le tribunal pourra temporairement interdire l'accès du public aux audiences. 2. Le tribunal établit, en collaboration avec les parties contestantes, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public."

25. Le paragraphe 2 de l'article 29 du Traité type des États-Unis d'Amérique sur la promotion et la protection réciproque de l'investissement[20] contient une disposition visant expressément la publicité des audiences, qui a été reprise dans des traités bilatéraux d'investissement effectifs[21]:

> "2. Le tribunal tient des audiences publiques et arrête, en consultation avec les parties au litige, les dispositions logistiques appropriées. Toutefois, toute partie au litige souhaitant utiliser des informations désignées comme confidentielles lors d'une audience doit en avertir le tribunal. Celui-ci prend les dispositions voulues pour empêcher la divulgation des informations."

26. Le paragraphe 1 du même article dispose en outre que le défendeur doit rendre publics les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal.

ii) Accords régionaux d'investissement

27. L'article 10.21.2 de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine dispose que les audiences sont "ouvertes au public" et que le tribunal arrête "en consultation avec les parties au litige, les dispositions logistiques appropriées". Il est libellé comme suit:

> "2. Le tribunal tient des audiences ouvertes au public et arrête, en consultation avec les parties au litige, les dispositions logistiques appropriées. Toutefois, toute partie au litige souhaitant utiliser des informations désignées comme confidentielles lors d'une audience doit en avertir le tribunal. Celui-ci prend les dispositions voulues pour empêcher la divulgation des informations[22]."

---

le Pérou, signé le 14 novembre 2006, dont l'article 38 (Accès du public aux audiences et aux documents) contient des dispositions similaires à l'Accord type. Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa_list.aspx?lang=fra&menu_id=22&menu=R.

20 Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.state.gov/documents/organization/29030.doc.

21 Voir, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 29 du Traité entre les États-Unis d'Amérique et l'Uruguay pour la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 4 novembre 2005, disponible à l'adresse http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/US_Uruguay.pdf.

22 Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text. Voir également les commentaires de la République dominicaine et d'El Salvador dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.2.

iii) Exemples d'accords bilatéraux d'investissement

28. L'article 10.22.2 du chapitre 10 de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Chili, signé le 30 juillet 2008[23], dispose que les audiences sont ouvertes au public sous réserve de la protection des informations confidentielles. Il est libellé comme suit:

> "2. Le tribunal tient des audiences ouvertes au public et arrête, en consultation avec les parties au litige, les dispositions logistiques appropriées. Toutefois, toute partie au litige souhaitant utiliser des informations désignées comme informations commerciales confidentielles ou des informations secrètes ou protégées de la divulgation à l'audience par la législation d'une partie au litige doit en avertir le tribunal. Ce dernier prend les dispositions nécessaires pour protéger ces informations, notamment en tenant l'audience à huis clos pour la durée de leur examen."

B. Règlements d'arbitrage utilisés pour le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités

29. À l'exception du Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), les règlements d'arbitrage ne comportent généralement aucune disposition autorisant ou interdisant l'accès du public aux documents de procédure ou aux audiences ou portant sur la publication des sentences, laissant les parties s'accorder sur ces questions ou chargeant le tribunal arbitral d'en décider sur la base de l'accord conclu entre les parties, du règlement d'arbitrage applicable et de la loi applicable à la procédure arbitrale[24]. Comme l'indique la CNUCED dans un rapport sur les faits nouveaux survenus dans le domaine du règlement des litiges entre investisseurs et États, publié en 2010, "sur un total de 357 différends recensés, 225 ont été soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou à son Mécanisme supplémentaire, 91 ont donné lieu à une procédure en vertu du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), 19 ont été soumis à la Chambre de commerce de Stockholm, 8 à la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et 5 à la Chambre de commerce internationale (CCI). Quatre sont des cas d'arbitrage ad hoc et un autre cas a été soumis au Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration. Dans quatre cas, le règlement applicable n'est pas connu à ce jour."

---

[23] http://www.dfat.gov.au/GEO/chile/fta/FTA_Text.html. Voir également les commentaires de l'Australie dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159.

[24] Voir *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note n° 1 (2010), International Investment Agreements, p. 2; disponible le 28 juillet 2010 (en anglais seulement) à l'adresse http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf.

1. Convention et règlements du CIRDI[25]

a) Accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales

30. L'article 22 du Règlement administratif et financier du CIRDI dispose ce qui suit:

> "1. Le Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée. 2. Si les deux parties à une instance consentent à la publication: a) des procès-verbaux des Commissions de conciliation; b) des sentences arbitrales; ou c) des procès-verbaux des audiences et des autres documents relatifs aux instances, le Secrétaire général fera procéder à cette publication, sous la forme appropriée pour promouvoir le développement du droit international en matière d'investissements."

31. La publication visée au paragraphe 1 de l'article 22 du Règlement administratif et financier se fait sur le site Web du CIRDI.

32. Rien n'indique si les parties elles-mêmes peuvent rendre publics des documents de procédure mais des règles claires régissent la publication de documents par le Centre ou par les arbitres. Le paragraphe 5 de l'article 48 de la Convention du CIRDI dispose ce qui suit:

> "5. Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties."

33. Cette interdiction se retrouve au paragraphe 4 de l'article 48 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et est signifiée aux arbitres du CIRDI par la déclaration qu'ils sont tenus de signer en application du paragraphe 2 de l'article 6. La deuxième phrase du paragraphe 4 de l'article 48 (modifié en 2006) dispose toutefois que, même sans le consentement des parties, "[…] le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal".

b) Publicité des audiences

34. Le paragraphe 2 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui porte sur la présence de tiers aux audiences, dispose ce qui suit:

> "2. Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées."

---

[25] Disponibles le 28 juillet 2010 à l'adresse http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/main-fra.htm.

2. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[26]

a) Accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales

35. Ni le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ni la version révisée en 2010 ne traitent de la question de l'accès du public aux documents de procédure. Cette question doit donc être réglée de commun accord par les parties et, à défaut d'accord, par le tribunal arbitral.

36. Concernant la publication d'une sentence, le paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement de 1976 dispose que "[l]a sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties". Le paragraphe 5 de l'article 34 de la version révisée en 2010 dispose ce qui suit:

> "5. La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente."

b) Publicité des audiences

37. Le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement de 1976 et le paragraphe 3 de l'article 28 de la version révisée en 2010 disposent que "[l]'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. […]".

3. Règlements d'institutions internationales d'arbitrage

a) Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)[27]

38. Le Règlement d'arbitrage de la CCI ne contient aucune disposition portant spécifiquement sur la divulgation au public de l'existence d'une procédure ou sur l'accès du public aux documents de procédure. Aucune disposition n'y exige que les parties préservent la confidentialité des informations relatives à l'arbitrage. Il convient de noter que le paragraphe 7 de l'article 20 autorise le tribunal arbitral à prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles.

39. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CCI, "[…] Sauf accord du tribunal arbitral et des parties, [les audiences] ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure".

---

[26] Pour la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *trente et unième session*, *Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57. Pour la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, voir l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session. Disponible également à l'adresse http://www.uncitral.org.

[27] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_french.pdf.

b) Règlement de la London Court of International Arbitration (LCIA)[28]

40. Le paragraphe 1 de l'article 30 énonce le principe de la non-divulgation des documents de procédure et des sentences en ces termes:

> "1. À moins que les parties n'en conviennent autrement expressément et par écrit, elles doivent en principe préserver la confidentialité de toutes les sentences de la procédure d'arbitrage, de toutes les pièces de procédure établies aux fins de l'arbitrage et de tous les autres documents produits par une autre partie à la procédure et ne relevant pas déjà du domaine public – sauf dans les cas et la mesure où leur divulgation est requise d'une partie en vertu d'une obligation légale, pour préserver ou faire valoir un droit ou pour exécuter ou contester une sentence dans le cadre d'une procédure juridique menée de bonne foi devant une juridiction étatique ou une autre autorité judiciaire."

41. Le paragraphe 3 de l'article 30 dispose ce qui suit:

> "3. La Cour ne publie aucune sentence ni aucun extrait de sentence sans le consentement préalable et écrit de toutes les parties et du tribunal arbitral."

42. Aux termes du paragraphe 4 de l'article 19, "[t]outes les réunions et toutes les audiences se tiennent à huis clos, sauf convention contraire écrite des parties ou décision contraire du tribunal arbitral".

c) Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS)[29]

43. Le Règlement d'arbitrage de la CCS contient un principe général de confidentialité, énoncé à l'article 46 en ces termes:

> "Sauf convention contraire des parties, l'Institut de la CCS et le tribunal arbitral préservent la confidentialité de l'arbitrage et de la sentence."

44. Le paragraphe 3 de l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCS dispose ce qui suit:

> "Sauf convention contraire des parties, les audiences se tiennent à huis clos."

d) Règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association (AAA)[30]

45. L'article 27 du Règlement d'arbitrage international de l'AAA dispose ce qui suit:

> "Une sentence n'est rendue publique qu'avec le consentement de toutes les parties ou lorsque la loi l'exige."

46. L'article 34 sur la confidentialité dispose ce qui suit:

---

[28] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx.

[29] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.sccinstitute.se/filearchive/3/33776/Skiljedomsregler%20eng%202010%20-%20utan%20modellklausulsidan.pdf.

[30] Disponible le 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.adr.org/sp.asp?id=33994#INTERNATIONAL%20ARBITRATION%20RULES.

"[…] à moins que les parties n'en décident autrement ou que la loi applicable n'en dispose autrement, les membres du tribunal et l'administrateur préservent la confidentialité de toutes les questions relatives à l'arbitrage ou à la sentence."

e) Règlements de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) pour l'arbitrage faisant intervenir des États[31]

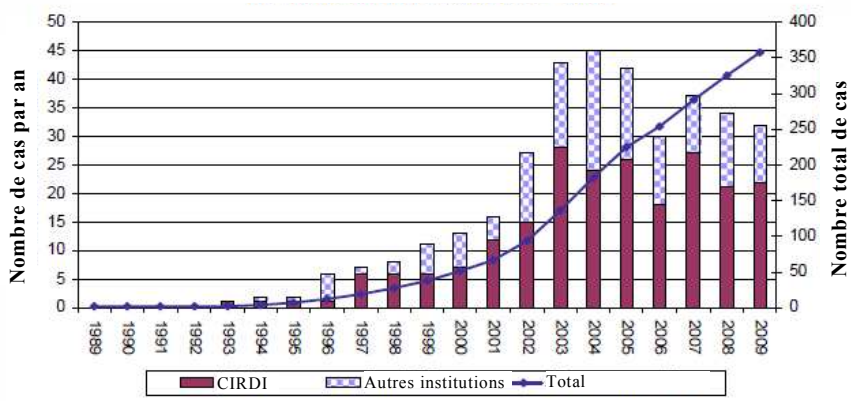
47. Le Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux États (1992) a été établi sur la base du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, avec les modifications nécessaires pour tenir compte de l'aspect droit international public des différends entre États. Conformément au paragraphe 5 de l'article 32, une sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties. Le paragraphe 4 de l'article 25 dispose que l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État (1993) contient les mêmes dispositions.

---

[31] Le Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux États (1992) était disponible au 28 juillet 2010 à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=290 et le Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État (1993) à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=289.

Annexe I

Figure 1
Nombre de cas recensés d'arbitrage fondé sur des traités d'investissement (nombre total et cas nouveaux), 1989-2009



Source: CNUCED.

A/CN.9/WG.II/WP.160/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités (*suite*) . . . 1-8

C. Législation sur l'arbitrage commercial international . . . 1-4

1. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international . . . 2

2. Législation favorisant la protection de la vie privée et la confidentialité . 3

3. Législation favorisant la transparence des procédures . . . 4

D. Décisions des tribunaux arbitraux concernant la transparence des procédures . 5-8

1. Documents de procédure et sentences arbitrales . . . 6-7

2. Audiences . . . 8

III. Conclusions et questions qui pourraient être examinées par le Groupe de travail . . 9-31

A. Considérations de principe sur la transparence . . . 9-10

B. Questions qui pourraient faire l'objet d'un examen en ce qui concerne la transparence . . . 11-21

1. Remarques générales . . . 11-12

2. Personnes ou institutions concernées . . . 13-14

3. Informations soumises à publicité . . . 15-17

4. Destinataires de l'information . . . 18

5. Publicité des audiences . . . 19

6. Conclusions présentées par des tiers . . . 20-21

C. Forme que pourraient prendre les travaux sur la transparence . . . 22-31

1. Clause type qui pourrait être introduite dans les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends . . . 23-24

2. Règles d'arbitrage spécifiques . . . 25-30

3. Principes directeurs . . . 31

II. Transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités (*suite*)

C. Législation sur l'arbitrage commercial international

1. La procédure d'arbitrage est régie par le règlement d'arbitrage choisi mais aussi par la loi sur l'arbitrage commercial international au lieu de l'arbitrage. L'arbitrage entre deux parties privées constitue l'essentiel de la législation sur l'arbitrage commercial international, et la manière dont la transparence de la procédure y est traitée n'est pas nécessairement adaptée aux besoins particuliers de l'arbitrage entre investisseurs et États.

1. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

2. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ne comporte pas de disposition sur la confidentialité ni sur la divulgation, et ne prévoit donc pas de solution uniforme à cette question.

2. Législation favorisant la protection de la vie privée et la confidentialité

3. Lorsqu'elles traitent de la confidentialité, les lois nationales sur l'arbitrage commercial international n'envisagent pas toutes de la même manière la portée de l'obligation de confidentialité en ce qui concerne les informations devant être traitées comme confidentielles, les personnes tenues à l'obligation, ou les exceptions autorisées aux interdictions de divulgation et de communication. Pour ce qui est des pièces ou informations devant rester confidentielles, certaines dispositions mentionnent une description générale des faits ou d'autres informations relatives au litige ou à la procédure arbitrale. D'autres comportent une description plus précise des informations qui doivent rester confidentielles et des catégories d'informations soumises à un traitement différent. Ces catégories sont par exemple l'existence de l'arbitrage; l'identité des arbitres; les exposés écrits et oraux; la référence aux preuves apportées par une partie ou un témoin; les communications échangées par les parties elles-mêmes ou leurs conseillers avant ou pendant l'arbitrage; les informations confidentielles par nature, telles que les secrets commerciaux et les informations commerciales confidentielles; et enfin la teneur de la sentence. En ce qui concerne les personnes soumises à l'obligation de confidentialité, plusieurs catégories de personnes sont visées, comme les arbitres; le personnel de l'institution d'arbitrage (lorsque l'arbitrage est institutionnel); les parties et leurs agents; les témoins, y compris les experts; et les avocats et conseillers.

3. Législation favorisant la transparence des procédures

4. Les législations autorisant la divulgation d'informations dans la procédure arbitrale précisent qu'elles le font notamment dans les circonstances suivantes: lorsque les parties y consentent; lorsque les informations se trouvent dans le domaine public; lorsque la divulgation est exigée par la loi ou par un organisme de réglementation; lorsqu'il y a de bonnes raisons de protéger les intérêts légitimes d'une partie; et lorsque l'intérêt de la justice ou l'intérêt général le commandent. Certaines dispositions définissent en outre les conditions précises de la divulgation.

Ces conditions peuvent varier en fonction du moment où la divulgation intervient. Par exemple, si des informations doivent être divulguées pendant la procédure arbitrale, il peut être exigé que la divulgation soit notifiée au tribunal arbitral et à l'autre partie. Si la divulgation intervient après la conclusion de l'arbitrage, une notification à l'autre partie suffit.

D. Décisions des tribunaux arbitraux concernant la transparence des procédures

5. Les décisions des tribunaux arbitraux concernant la transparence des procédures montrent qu'ils adoptent généralement une approche au cas par cas en l'absence de lignes directrices cohérentes dans les accords d'investissement internationaux, le règlement d'arbitrage applicable ou la législation applicable.

1. Documents de procédure et sentences arbitrales

6. Dans une affaire régie par le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI[1], le tribunal arbitral a déclaré ce qui suit: "Ni l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ni le Règlement (du Mécanisme supplémentaire) du CIRDI ne comportent de restriction expresse à la liberté des parties […]. Bien que l'on dise fréquemment que l'une des raisons de recourir à l'arbitrage est d'éviter la publicité, à moins que la convention entre les parties comporte une telle restriction, chacune est libre de commenter publiquement l'affaire. […] Le tribunal arbitral demeure d'avis que les parties favoriseraient le bon déroulement du processus arbitral et le maintien de relations de travail entre elles si elles débattaient le moins possible de l'affaire en public, à moins que l'une ou l'autre ne soit juridiquement tenue par une obligation de divulgation imposée de l'extérieur."[2] Dans une autre affaire régie par le Règlement d'arbitrage du CIRDI[3], le demandeur (l'investisseur) s'est plaint de ce que le défendeur (l'État) avait unilatéralement mis en ligne sur Internet le procès-verbal de la première audience du tribunal arbitral et une ordonnance de procédure. Il a prié le tribunal arbitral de rendre une ordonnance pour garantir la confidentialité de ces documents et d'autres documents de la procédure[4]. Estimant que les procédures arbitrales du CIRDI ne comportaient pas d'obligation générale de confidentialité ni de règle générale de transparence, le tribunal arbitral a déclaré qu'il appartenait à chaque tribunal arbitral de trouver le juste équilibre entre la confidentialité des documents et la transparence de la procédure[5]. Il a estimé que, compte tenu de l'importance donnée à cette affaire dans les médias, le risque de voir s'aggraver le litige justifiait que les deux parties s'abstiennent de divulguer les procès-verbaux ou comptes rendus des audiences, les documents produits par l'une ou l'autre partie dans le cadre des procédures de

---

[1] *Metalclad Corp.* c. *États-Unis du Mexique*, affaire n° ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000, 16 ICSID Review 168 (2001); 40 ILM 36 (2001), disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

[2] Ibid., par. 13.

[3] *Biwater GAUFF (Tanzania) Ltd.* c. *République-Unie de Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, Sentence, 24 juillet 2008, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

[4] Ibid., par. 45 à 51.

[5] Ibid.

divulgation, ainsi que les actes de procédure et la correspondance. Toutefois, pour équilibrer sa décision, il a estimé que les parties étaient libres de débattre publiquement l'affaire, à condition que "tout débat public se limite au nécessaire et ne soit pas utilisé comme instrument pour contrarier les parties, aggraver leurs divergences, soumettre l'une ou l'autre à une pression indue ou rendre le règlement du litige potentiellement plus difficile ou éluder les dispositions de cette ordonnance de procédure."[6]

7. Dans une affaire régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976[7], un tribunal arbitral de l'ALENA a estimé, à propos de la transparence, que "[…] quelle que soit la position retenue en ce qui concerne les arbitrages consensuels privés entre parties commerciales, il n'a pas été établi qu'un principe général de confidentialité existait dans un arbitrage comme celui dont le tribunal est saisi."[8] Dans une première ordonnance, le tribunal arbitral a ordonné que certains documents, notamment la notification d'arbitrage et les mémoires en demande et en défense, pourraient être rendus publics en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Dans une autre ordonnance préliminaire, le tribunal arbitral a ordonné que toutes les transcriptions et autres comptes rendus des audiences demeurent confidentiels et ne soient divulgués que dans les conditions exigées pour les "documents protégés". Dans une autre affaire relevant de l'ALENA, également régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976[9], certaines parties tierces ont demandé au tribunal arbitral de les autoriser à participer aux débats en qualité d'*amicus curiae* et, dans le cadre de leur requête, demandé également une copie de tous les documents déposés dans le cadre de la procédure. Le tribunal arbitral a estimé que la question de la divulgation ou de la confidentialité devait être réglée par accord entre les parties au différend, comme le prévoyait l'ordonnance rendue sur la question. Conformément à cette ordonnance, "chacune des parties était libre de rendre publics les principaux actes de procédure, les ordonnances et les sentences du tribunal" (à condition d'y supprimer les informations concernant des secrets commerciaux)[10]. Dans une autre affaire[11], où des parties tierces avaient demandé au tribunal arbitral, entre autres, d'autoriser la divulgation de la requête et de la réponse, des mémoires, contre-mémoires, notes préparatoires, déclarations des témoins et rapports d'experts, y compris les annexes et les pièces jointes à ces documents et toutes demandes ou requêtes présentées au tribunal arbitral[12], celui-ci

---

6 Ibid.

7 *Myers Inc.* c. *Gouvernement du Canada*, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm. Voir aussi les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

8 Ibid.

9 *Methanex Corporation* c. *États-Unis d'Amérique*, Décision du tribunal relative aux requêtes de tiers aux fins de participer aux débats en qualité d'*amici curiae*, 15 janvier 2001. Les requêtes et tous les documents se rapportant à l'affaire étaient disponibles le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.state.gov/s/l/c5818.htm. Voir aussi les commentaires des États-Unis dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3.

10 Ibid., par. 46.

11 *United Parcel Service of America, Inc.* c. *Gouvernement du Canada*, Décision du tribunal relative aux requêtes aux fins d'intervenir et de participer en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf. Voir aussi les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

12 Ibid., par. 1.

a décidé qu'en vertu du chapitre 11 de l'ALENA et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, les actes de procédure, documents et éléments de preuve devaient être communiqués à l'autre partie au différend, aux autres membres de l'ALENA, au tribunal arbitral et au secrétariat – et à personne d'autre. La question était également subordonnée à tout accord entre les parties ou à toute ordonnance de confidentialité. Le tribunal arbitral a conclu que les principes de transparence pouvaient justifier la publication de certains documents mais qu'il n'y avait pas matière à énoncer une règle générale. Certains documents pouvaient être rendus publics en vertu d'un accord entre les parties, d'une ordonnance de confidentialité, ou de quelque autre manière légale[13].

2. Audiences

8. Dans une affaire d'arbitrage régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976[14], des requêtes avaient été soumises au tribunal arbitral par différentes organisations, notamment aux fins de bénéficier du statut d'observateur aux audiences. Le tribunal arbitral a conclu qu'en vertu du paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, qui prévoit que l'audience se tient à huis clos, les requérants ne pouvaient être autorisés à assister aux audiences de l'arbitrage. Il a estimé que l'expression "à huis clos" visait clairement à exclure les membres du public, à savoir les tiers non parties à l'instance tels que les requérants[15]. Cependant, à un stade ultérieur de la procédure, les parties sont convenues de rendre les audiences publiques et ces dernières ont été retransmises en direct. En outre, les transcriptions des audiences sur le fond et la sentence définitive ont été publiées. De la même manière, dans le cadre d'une autre affaire[16], en examinant le chapitre 11 de l'ALENA et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, le tribunal arbitral s'est demandé si le Règlement permettait la publicité des audiences. Il a noté que le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 prévoyait que l'audience se déroule à huis clos sauf convention contraire des parties et empêchait donc des tiers ou leurs représentants d'assister aux audiences sauf accord des deux parties[17]. Les parties sont convenues de rendre la procédure publique et les audiences ont été retransmises en direct. En outre, la sentence définitive et l'opinion dissidente ont été publiées. De même, dans une autre affaire relevant du chapitre 11 de l'ALENA et régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, les parties sont convenues que les audiences seraient publiques. À la demande des parties et du tribunal arbitral, le CIRDI a

---

[13] Ibid., par. 68.

[14] *Methanex Corporation* c. *États-Unis d'Amérique*, Décision du tribunal relative aux requêtes de tiers aux fins d'intervenir en qualité d'*amici curiae*, 15 janvier 2001. Les requêtes et tous les documents se rapportant à l'affaire étaient disponibles le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.state.gov/s/l/c5818.htm. Voir aussi les commentaires des États-Unis dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3.

[15] Ibid., par. 41.

[16] *United Parcel Service of America, Inc.* c. *Gouvernement du Canada*, Décision du tribunal relative aux requêtes aux fins d'intervenir et de participer en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf.

[17] Ibid., par. 67.

accepté d'accueillir les audiences. Celles-ci ont été retransmises en direct et les transcriptions ont été publiées[18].

III. Conclusions et questions qui pourraient être examinées par le Groupe de travail

A. Considérations de principe sur la transparence

9. La question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités découle de la présence d'un État dans l'arbitrage, de l'objet du litige, qui soulève souvent des questions d'ordre public, de considérations d'intérêt général et du montant de la responsabilité potentielle. La transparence est considérée comme l'un des aspects centraux des demandes concernant la bonne gouvernance et visant des États, et les parties privées estiment qu'elle constitue une caractéristique importante de la responsabilité sociale des entreprises. Les fonctions sous-jacentes qu'elle remplit et les valeurs qu'elle protège s'appliquent aussi aux méthodes de règlement des litiges. Toutefois, la confidentialité est généralement considérée comme une caractéristique importante de l'arbitrage. La nécessité de préserver les secrets d'affaires ou les secrets d'État semble largement reconnue, tout comme celle de protéger la procédure de pressions extérieures exercées sur les parties ou sur le tribunal arbitral. On peut estimer que, pendant la procédure arbitrale au moins, la confidentialité contribue à la dépolitisation des différends relatifs aux investissements.

10. Étant donné que la transparence et la confidentialité peuvent toutes deux être considérées comme des intérêts légitimes de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, le Groupe de travail voudra peut-être décider s'il convient de trouver un juste équilibre entre les deux et s'il serait utile de formuler des considérations de principe sur les principes qui sous-tendent la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

B. Questions qui pourraient faire l'objet d'un examen en ce qui concerne la transparence

1. Remarques générales

11. Les exemples tirés d'accords internationaux d'investissement, de règlements d'arbitrage et de la jurisprudence sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, présentés dans la partie II de la présente note, contiennent des réponses possibles à la question générale de savoir comment assurer la transparence tout en conciliant l'intérêt général et la nécessité de protéger la confidentialité.

---

[18] Communiqué de presse du CIRDI sur l'affaire *Canfor Corporation* c. *États-Unis d'Amérique*, ALENA/Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2 décembre 2004), disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement13.

12. On se rappellera qu'à la quarante et unième session de la Commission une délégation avait suggéré que les travaux sur la transparence visent cinq objectifs: 1) informer le public de la tenue d'une séance d'arbitrage entre un investisseur et un État; 2) permettre aux tierces parties de présenter des observations au tribunal lorsque celles-ci pourraient être utiles et pertinentes, sans toutefois avoir pour effet de retarder l'instance, nuire à l'instance ou entraîner d'autres frais; 3) permettre que les audiences soient publiques; 4) rendre publiques la décision et la sentence du tribunal; ainsi que 5) préserver le pouvoir actuel du tribunal arbitral de permettre les audiences à huis clos et l'accès restreint aux documents, ou à certaines parties, lorsque le commande la protection de renseignements confidentiels de nature commerciale, ou de renseignements confidentiels, ou de renseignements protégés contre la divulgation en vertu d'une loi interne de l'État partie au litige (voir document A/CN.9/662, par. 17). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes en relation avec la portée de travaux sur la transparence des procédures.

2. Personnes ou institutions concernées

13. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner comment des dispositions sur la transparence devraient déterminer les droits et les obligations de chacune des personnes impliquées dans la procédure d'arbitrage, c'est-à-dire les États parties aux accords internationaux d'investissement, les parties au litige et leurs représentants, l'institution d'arbitrage, le cas échéant, et le tribunal arbitral. Les droits et les obligations des tierces parties sont examinés aux paragraphes 20 et 21 ci-après.

14. En particulier, il faudrait préciser qui des parties au litige, du tribunal arbitral ou d'une institution, serait chargé de divulguer l'information. Il faudra peut-être aussi préciser dans quelle mesure les parties peuvent se livrer à un débat général sur l'affaire en public ou communiquer des informations la concernant, et à quel moment cela serait autorisé. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si la publication doit être automatique, laissée à la discrétion des parties ou soumise à une autorisation préalable du tribunal arbitral, compte tenu de l'intention des parties, ou si elle doit être organisée d'une autre manière.

3. Informations soumises à publicité

15. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il devrait y avoir une règle générale sur l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales, ou dans quelle mesure ces questions devraient être laissées aux parties ou au tribunal arbitral, qui se prononceraient au cas par cas. Il voudra peut-être aussi déterminer si des éléments de coûts devraient être pris en compte et, dans l'affirmative, comment.

16. On pourrait aussi examiner si les dispositions sur l'accès du public aux documents de procédure devraient être rédigées sous la forme d'une déclaration générale ou contenir une liste des documents de procédure qui doivent être rendus publics. Dans ce deuxième cas, le Groupe de travail voudra peut-être décider si cette liste devrait comporter des documents parmi les suivants: la notification d'arbitrage et la réponse à cette notification, les procès-verbaux ou comptes rendus des audiences; les documents produits par les parties au cours de la procédure arbitrale, que ce soit dans le cadre d'une obligation de communication ou pas; les conclusions

ou mémoires (et les déclarations de témoins ou rapports d'experts qui y sont joints); la correspondance que les parties échangent entre elles ou avec le tribunal arbitral au sujet de la procédure arbitrale; les décisions, ordonnances ou instructions du tribunal arbitral; et les sentences.

17. Si le Groupe de travail estime qu'une disposition sur la transparence devrait porter également sur la publication des documents de procédure, il voudra peut-être aussi déterminer si et dans quelle mesure les documents contenant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles devraient être exemptés de l'obligation de divulgation et s'il convient de fournir d'autres orientations à cet égard.

4. Destinataires de l'information

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les diverses méthodes qui permettraient de déterminer quels seraient les destinataires des informations divulguées, qui pourraient se limiter aux gouvernements non contestants ou s'étendre au grand public.

5. Publicité des audiences

19. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si les audiences devraient être ouvertes au public et, dans l'affirmative, s'il faudrait donner aux tribunaux arbitraux des orientations sur l'organisation de telles audiences, compte tenu de l'éventuelle nécessité de protéger, dans la mesure requise, les informations confidentielles.

6. Conclusions présentées par des tiers

20. Certains accords internationaux d'investissement prévoient dans leur clause de règlement des différends que des particuliers ou des organisations non parties au litige peuvent faire connaître leur avis sur les questions soumises à l'arbitrage. La législation et la jurisprudence ont énoncé dans certains cas des principes directeurs pour l'acceptation par un tribunal arbitral de conclusions écrites formulées par des *amici curiae*, selon lesquels il appartient au tribunal d'évaluer la pertinence de ces conclusions. La question de la présentation de conclusions par des tiers est étroitement liée à celle de l'accès aux documents de procédure, dans la mesure où ces conclusions doivent traiter avec à-propos de points relatifs au différend. Le Groupe de travail voudra peut-être décider s'il doit examiner cette question dans le cadre de celle de la transparence.

21. Au cas où le Groupe de travail décide de se saisir de cette question, il voudra peut-être envisager de formuler des règles et principes directeurs spécifiques s'appliquant à l'intervention des tiers, qui porteront, entre autres, sur les critères d'acceptation des conclusions présentées par des tiers, tels que l'évaluation des intérêts légitimes de ces tiers et la nécessité de veiller à ce qu'ils soient responsables, indépendants et ne soient appuyés par aucune des parties au litige. La portée de leur intervention devra peut-être aussi être définie: par exemple, des règles existant en la matière permettent à un tiers de présenter un mémoire d'*amicus curiae*, mais pas nécessairement de citer un témoin ni de modifier les demandes ou d'influer seul sur le processus d'arbitrage. La forme et la teneur des conclusions de tiers devront peut-être aussi être définies (nombre de pages, questions de fait ou de

droit). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faudrait prier le tribunal arbitral de motiver sa décision s'il rejette une conclusion présentée par un tiers et les arguments qui y figurent. Il faudrait également examiner sous quelles conditions les mémoires d'*amici curiae* pourraient être publiés.

C. Forme que pourraient prendre les travaux sur la transparence

22. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les options suivantes concernant la forme que pourraient prendre ses travaux sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

1. Clause type qui pourrait être introduite dans les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends

23. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il serait utile, pour encourager et promouvoir la transparence, d'élaborer une clause type sur la transparence, qui pourrait être introduite dans les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends. On notera que ces dispositions s'inspirent souvent du modèle de l'arbitrage commercial et que, dans la plupart des cas, elles ne traitent pas de questions telles que la divulgation de l'existence de la procédure, la divulgation de documents de procédure, la publicité des audiences ou l'intervention de tiers non parties à l'arbitrage. L'élaboration d'une telle clause type viserait à harmoniser la pratique des États en la matière, conformément au mandat de la CNUDCI[19]. En l'incluant dans les accords internationaux d'investissement, les États montreraient qu'ils sont soucieux de promouvoir la transparence dans l'arbitrage.

24. Si l'option retenue est l'élaboration d'une clause type destinée à être incluse dans les accords internationaux d'investissement, le Groupe de travail voudra peut-être noter que, comme le souligne un rapport de la CNUCED, une nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement a tendance à traiter à l'avance une série de questions spécifiques liées à la procédure arbitrale, telles que la soumission du même litige à des tribunaux locaux, le lieu de l'arbitrage, la nomination d'experts et les voies de droit disponibles, y compris les mesures provisoires[20]. Dans ce cas, il voudra peut-être décider s'il devrait limiter ses travaux à l'élaboration d'une clause type sur la transparence ou traiter aussi d'autres points sur lesquels les États voudraient peut-être recevoir des indications afin de rédiger

---

[19] Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale [Annuaire 1968-1970, première partie, chap. II, sect. E]. On rappellera que ce mandat se fonde sur l'idée que "la coopération entre les États en matière de commerce international peut beaucoup contribuer à favoriser les relations amicales et, par conséquent, le maintien de la paix et de la sécurité", qu'"il est de l'intérêt de tous les peuples, et en particulier de ceux des pays en voie de développement, d'améliorer les conditions favorisant un large développement du commerce international" et que "les divergences entre les lois des divers États sur des questions relatives au commerce international constituent un des obstacles au développement du commerce mondial".

[20] Voir *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Collection de la CNUCED consacrée aux politiques de l'investissement international pour le développement, deuxième partie, Key Issues in New Generations IIAs, section J. Investor-State Dispute Settlement (New York et Genève, 2006), p. 49 et 50; disponible au 29 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511_en.pdf.

des dispositions sur le règlement des litiges destinées à leurs traités internationaux d'investissement.

2. Règles d'arbitrage spécifiques

25. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la possibilité d'élaborer des règles d'arbitrage spécifiques sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui pourraient prendre la forme de règles d'arbitrage distinctes ou d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans un cas comme dans l'autre, l'existence d'un ensemble de règles distinctes s'appliquant uniquement à l'arbitrage relatif aux investissements pourrait poser des questions difficiles concernant la définition de ce type d'arbitrage (régi par ces règles) par rapport à d'autres types d'arbitrage (qui ne seraient pas régis par elles).

Discussions antérieures du Groupe de travail

26. À la quarante-sixième session du Groupe de travail (New York, 5-9 février 2007), il a été suggéré d'inclure des dispositions spécifiques dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour assurer la transparence des procédures d'arbitrage faisant intervenir des États[21]. Il a décidé d'adopter une approche générique de révision du Règlement visant à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières[22]. À cette session, il a en outre examiné s'il conviendrait d'inclure une disposition générale relative à la confidentialité de la procédure ou des pièces (y compris les mémoires) soumis au tribunal arbitral[23]. À l'issue de la discussion, il est convenu de ne pas inclure de disposition sur la confidentialité de la procédure[24].

27. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se rappeler les discussions de sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008) sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et noter que les annexes I à III du rapport sur les travaux de cette session reproduisent les déclarations des délégations à ce sujet[25].

Règles distinctes pour les arbitrages relatifs aux investissements

28. Si le Groupe de travail décide d'adopter des règles distinctes sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, il

---

[21] Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-sixième session, A/CN.9/619, par. 61.

[22] Ibid., par. 62.

[23] Ibid., par. 127.

[24] Ibid., par. 128 à 133. Les opinions favorables à l'inclusion d'une disposition sur la confidentialité se référaient à plusieurs règlements d'arbitrage international existants, comme celui de la LCIA ou de l'OMPI, qui contenaient des dispositions spécifiques sur la confidentialité. Contre l'insertion d'une disposition générale, on a soutenu que celle-ci irait à l'encontre de la tendance actuelle à une plus grande transparence des procédures internationales. Il a été dit aussi que la révision du Règlement visait principalement à introduire une certaine souplesse afin de suivre l'évolution des lois et des pratiques. À cet égard, il a été noté que la confidentialité était un domaine où les lois et les pratiques étaient encore en évolution.

[25] Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-huitième session, A/CN.9/646, par. 54 à 69.

voudra peut-être examiner dans quelle mesure cette approche préserverait l'applicabilité générale du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il voudra peut-être également déterminer s'il conviendrait de limiter le contenu de nouvelles règles aux questions de transparence, étant donné que d'autres questions seraient abordées dans des règles d'arbitrage relatives aux investissements.

Annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

29. Si le Groupe de travail décide de compléter le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI par une annexe sur la transparence des procédures dans l'arbitrage entre investisseurs et États, celle-ci pourrait contenir des règles spécifiques sur la transparence ou des recommandations visant à donner des orientations aux tribunaux arbitraux.

30. Dans ce cas, il faudra peut-être examiner dans quelle mesure les parties seraient liées par une telle annexe (compte tenu de la nature consensuelle de l'arbitrage).

3. Principes directeurs

31. Une autre possibilité consisterait à élaborer des principes directeurs qui guideraient les États dans la négociation de traités internationaux d'investissement, ainsi que les tribunaux arbitraux qui doivent se prononcer sur ces questions, les parties à l'arbitrage et les autres parties ayant un intérêt légitime dans l'issue de ce dernier.

D. Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011) (A/CN.9/717)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Organisation de la session 5-12

III. Délibérations et décisions 13

IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités 14-151

A. Remarques générales 14-17

B. Formes et champ d'application possibles d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités futurs en matière d'investissement 18-32

1. Consentement exprès ou présomption d'application dans le contexte des traités futurs en matière d'investissement (clause "d'acceptation expresse" ou clause "d'exclusion expresse"). 19-22

2. Principes directeurs ou règles autonomes sur la transparence 23-26

3. Norme juridique sur la transparence s'appliquant en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou s'appliquant plus généralement à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable 27-32

C. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités d'investissement existants 33-46

1. Informations générales sur les traités d'investissement existants 33-35

2. Application automatique d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants 36-41

3. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants 42-46

D. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage 47-55

1. Possibilité pour l'investisseur de refuser la norme juridique sur la transparence 48-53

2. Accord visant à s'écarter de la norme juridique sur la transparence une fois le litige survenu 54-55

E. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence 56-151

1. Publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale 59-74

2. Documents à publier 75-92
Option 1, variante 1 80-82
Option 1, variante 2 83-84
Option 2 85-92
3. Publication des sentences arbitrales 93-100
4. Audiences et transcriptions d'audiences 101-115
Publicité des audiences 101-114
Transcriptions des audiences 115
5. Observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans une procédure arbitrale. 116-128
Critères de restriction concernant les mémoires d'*amicus curiae* 117-123
Intervention d'un ou de plusieurs États non contestants. 124
Décisions concernant les mémoires d'*amicus curiae* 125
Niveau d'accès aux documents. 126-128
6. Limites possibles aux règles sur la transparence 129-147
Protection des informations confidentielles et sensibles 130-135
Protection de l'intégrité du processus arbitral 136-143
Bonne gestion de la procédure arbitrale. 144-147
7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre") 148-151
V. Questions diverses 152-153

I. Introduction

1. La Commission a examiné la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008). À cette session, elle est convenue qu'il ne serait pour l'heure pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (le "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou le "Règlement") lui-même, et que tout examen de ce type d'arbitrage que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser dans l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle est convenue que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée dans l'avenir et devrait être traitée en priorité immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Une délégation a présenté des observations écrites à ce sujet (A/CN.9/662) et une déclaration a également été faite

au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. La Commission a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence était un objectif souhaitable dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et devrait être examinée dans l'avenir. En ce qui concerne la forme que le produit de ces travaux futurs pourrait prendre, elle a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69), dont l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou encore un règlement d'arbitrage séparé ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen, par le Groupe, de la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à une session future, la Commission a demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États membres à fournir au Secrétariat de nombreuses informations sur leur pratique en matière de transparence dans ce type d'arbitrage. On a insisté sur le fait que, lors de la composition des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'efforcer de réunir les meilleurs spécialistes du droit des traités et de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités[1].

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session, que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait examinée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet. Elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à cette quarante et unième session, le Secrétariat avait transmis aux États un questionnaire sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail[2]. Ces réponses sont reproduites dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs.

3. À la quarante-troisième session de la Commission, on a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager d'entreprendre des travaux sur les questions qui se posaient plus généralement lors des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont la Commission était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans ce type

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

[2] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

d'arbitrage. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait identifier d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut être également entreprendre des travaux. Il a été convenu que toute question ainsi identifiée pourrait être portée à l'attention de la Commission à sa prochaine session, en 2011[3].

4. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.161, aux paragraphes 5 à 12, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-quatrième session à New York, du 7 au 11 février 2011. Ont participé à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après[4]: Algérie (2016), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bélarus (2011), Bénin (2013), Brésil (2016), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Égypte (2013), El Salvador (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), France (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Kenya (2016), Malaisie (2013), Maroc (2013), Maurice (2016), Mexique (2013), Norvège (2013), Ouganda (2016), Pakistan (2016), Paraguay (2016), Philippines (2016), Pologne (2012), République de Corée (2013), République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Singapour (2013), Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Belgique, Cuba, Équateur, Finlande, Indonésie, Iraq, Koweït, Madagascar, Myanmar, Panama, Pays-Bas, Pérou, République arabe syrienne, République démocratique du Congo, Sierra Leone, Slovaquie, Suisse et Zambie.

7. Y ont aussi pris part des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Banque mondiale, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH).

8. Ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), Secrétariat de la Charte de l'énergie et Union européenne (UE).

---

[3] Ibid., par. 191.

[4] Les six États membres suivants, élus par l'Assemblée générale le 3 novembre 2009, ont décidé de siéger en alternance jusqu'en 2016, comme suit: Bélarus (2010-2011, 2013-2016), République tchèque (2010-2013, 2015-2016), Pologne (2010-2012, 2014-2016), Ukraine (2010-2014), Géorgie (2011-2015) et Croatie (2012-2016).

9. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Association américaine de droit international privé (ASADIP), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suédoise d'arbitrage (SAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité français de l'arbitrage (CFA), Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration C.I.C. (FICACIC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), International Council For Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), Moot Alumni Association (MAA), School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres (QMUL) et Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC).

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

Président: M. Salim Moollan (Maurice)

Rapporteur: M. Shane Spelliscy (Canada)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.161); b) note du Secrétariat concernant l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.162 et son additif); c) notes du Secrétariat reproduisant i) les commentaires des Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) (A/CN.9/WG.II/WP.163); et ii) des propositions soumises par des gouvernements et des organisations internationales (A/CN.9/WG.II/WP.164).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.162 et son additif; A/CN.9/WG.II/WP.163; et A/CN.9/WG.II/WP.164). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Il est également rendu compte de ses délibérations et décisions sur le point 5 de l'ordre du jour, intitulé "Questions diverses", au chapitre V.

IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

A. Remarques générales

14. Des remarques générales ont été faites concernant le contexte de politique générale dans lequel se posait la question de la transparence en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui différait de l'arbitrage purement privé où la confidentialité était une caractéristique essentielle. Conformément aux principes de bonne gouvernance, les activités des États étaient soumises à des exigences fondamentales de transparence et d'accès du public. On a fait remarquer que la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités n'était qu'un aspect seulement de la notion plus large de transparence dans le traitement de l'investissement. En dehors de ce type d'arbitrage, la transparence était essentielle, a-t-on dit, pour i) la conduite des procédures administratives des États relatives aux investissements, ii) l'élaboration et l'application de législations et réglementations nationales sur les investissements, iii) la promotion des investissements et les efforts déployés par les États pour attirer des investissements propices au développement, et iv) les relations des États avec les investisseurs.

15. Le Groupe de travail a entendu une déclaration faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, selon laquelle il était essentiel d'assurer une transparence adéquate dans les procédures d'arbitrage avec les investisseurs lorsque les droits de l'homme, notamment l'accès à l'eau potable, les politiques en faveur des groupes désavantagés et la protection des droits des populations autochtones, étaient en jeu si l'on voulait que le public soit informé des procédures susceptibles de compromettre ses intérêts et, partant, son bien-être. La déclaration exprimait également l'espoir que des règles appropriées sur la transparence ne s'appliqueraient pas seulement aux litiges survenant dans le cadre de futurs traités d'investissement, mais aussi aux traités existants faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, afin d'éviter un système à deux vitesses. Il a en outre été fait remarquer que, dans des circonstances limitées et bien définies, la transparence pourrait admettre des exceptions légitimes, mais qu'il faudrait

veiller surtout à ce que toute limitation de la transparence n'aille pas à l'encontre de son propre objectif en ce qui concerne la bonne gouvernance.

16. L'avis a été exprimé que le droit d'accès à l'information faisait partie intégrante de la liberté d'expression dans le droit international des droits de l'homme. Il a également été dit que le besoin d'accéder aux informations avait été reconnu. Les décisions rendues dans les affaires *Claude Reyes* c. *Chili*[5] et *Társaság* c. *Hongrie*[6] ont été citées pour illustrer cette reconnaissance. Il a été dit dans ce contexte que la norme juridique sur la transparence devait donner pleinement effet au caractère obligatoire des droits humains.

17. Le Groupe de travail a pris note des déclarations faites concernant l'incidence des droits de l'homme sur ses travaux en cours et il est convenu d'examiner plus avant cette question à un stade ultérieur.

B. Formes et champ d'application possibles d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités futurs en matière d'investissement

18. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait examiné de manière générale le caractère que pourrait revêtir une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et les diverses formes qu'elle pourrait prendre (A/CN.9/712, par. 22 à 30 et par. 76 à 100), et décidé que toutes les suggestions formulées à cet égard exigeraient une analyse juridique plus approfondie (A/CN.9/712, par. 94).

1. Consentement exprès ou présomption d'application dans le contexte des traités futurs en matière d'investissement (clause "d'acceptation expresse" ou clause "d'exclusion expresse")

19. Le Groupe de travail a repris ses discussions concernant le champ d'application d'une norme juridique sur la transparence dans le but de cerner les considérations de principe que soulevaient les diverses options débattues lors de sa cinquante-troisième session. Il était généralement admis que la question essentielle pour l'application de la norme en question à de futurs traités d'investissement était celle du consentement. Il fallait, dès lors, principalement examiner comment serait exprimé un tel consentement. Dans ce contexte, celui-ci pourrait être exprimé de deux manières différentes. La première solution consisterait à indiquer dans la norme juridique sur la transparence que celle-ci est présumée s'appliquer aux traités futurs faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sauf si les États décident expressément de l'exclure (clause "d'exclusion expresse"). La seconde solution serait d'exiger des États qu'ils consentent explicitement à l'application de la norme (clause "d'acceptation expresse").

20. En ce qui concerne la présomption d'application de la norme juridique sur la transparence (clause "d'exclusion expresse"), cette solution, a-t-on dit, serait

---

[5] *Claude Reyes et autres* c. *Chili*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (ser. C) n° 151 (19 septembre 2006).

[6] *Társaság a Szabadságjogokért* c. *Hongrie*, req. n° 37374/05, Cour européenne des droits de l'homme (14 avril 2009).

semblable à celle adoptée au paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010. Elle assurerait une plus large application de la norme et permettrait ainsi au Groupe de travail de mieux s'acquitter du mandat que lui avait confié la Commission de promouvoir la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On a examiné tout particulièrement dans quelle mesure cette solution exigerait de modifier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010. Un certain nombre de délégations qui appuyaient cette solution ont estimé que deux questions se posaient à cet égard: d'un point de vue juridique, il était difficile de dire si cette modification était nécessaire; d'un point de vue pratique, en revanche, celle-ci permettrait d'apporter de la clarté (voir ci-après, par. 31).

21. Il a été dit, en faveur de l'application de la norme sous condition du consentement exprès des États (clause "d'acceptation expresse"), que cette solution permettrait d'avoir la certitude que les États ont fait le choix conscient d'appliquer cette norme, l'idée étant qu'ils devraient être informés des règles qui seraient applicables.

22. Le Groupe de travail s'est accordé sur le fait qu'il discutait de la clause d'acceptation expresse et de la clause d'exclusion expresse uniquement à titre préliminaire, pour mettre en évidence les considérations de principe que soulevaient ces deux options, et qu'il n'avait pas l'intention de prendre de décision en faveur de l'une ou l'autre à la session en cours. Il devrait revenir sur la question une fois que la teneur de la norme juridique sur la transparence serait plus claire.

2. Principes directeurs ou règles autonomes sur la transparence

23. Le Groupe de travail a examiné les formes que pourrait revêtir une norme juridique sur la transparence, à partir des options présentées aux paragraphes 7 à 21 du document A/CN.9/WG.II/WP.162. Il s'est demandé plus particulièrement si la norme devrait prendre la forme de principes directeurs ou de règles autonomes.

24. Les arguments avancés dans le document A/CN.9/WG.II/WP.164 ont été mentionnés à l'appui de l'élaboration de principes directeurs. On a insisté sur le fait que des principes directeurs seraient rédigés dans un style différent de celui des règles autonomes, car ils seraient plus discursifs et détaillés, en fournissant des explications aux parties, et pourraient proposer à ces dernières différentes options au choix. Les principes directeurs pourraient aussi s'appliquer si les États y consentaient. En ce sens, la solution des principes directeurs serait très proche de celle des règles autonomes sur la transparence qui s'appliqueraient sous condition du consentement exprès des parties (solution de la clause d'acceptation expresse, voir ci-dessus par. 21). On a cité des exemples de textes rédigés sous la forme de règles ou de principes qui servaient toutefois de principes directeurs applicables lorsque les parties y consentaient, à savoir les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004).

25. L'avis a été exprimé que des normes de transparence exigeantes devraient être établies dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités car la transparence contribuait à promouvoir la primauté du droit, la bonne gouvernance, le respect des garanties procédurales et le droit à l'information. Elle était aussi considérée comme une mesure importante pour faire face aux difficultés croissantes

concernant la légitimité du droit international de l'investissement et de l'arbitrage en matière d'investissements internationaux. Il a été dit que la norme juridique sur la transparence devrait prendre la forme de règles procédurales détaillées, plutôt que de principes directeurs discursifs, puisque de tels principes n'offriraient pas la sécurité recherchée par l'objectif d'harmonisation du droit commercial international poursuivi par la CNUDCI.

26. Dans un esprit de coopération, les délégations qui avaient jusque-là exprimé une nette préférence pour des principes directeurs ont accepté d'aborder le travail de rédaction en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles claires au lieu de principes directeurs plus souples et plus discursifs. Cette décision a été prise étant bien entendu que leur préférence initiale pour les principes directeurs était motivée par le souhait de voir la norme s'appliquer uniquement lorsqu'il y serait fait référence de manière claire et explicite (clause "d'acceptation expresse") (voir ci-après, par. 58).

3. Norme juridique sur la transparence s'appliquant en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou s'appliquant plus généralement à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable

27. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir si des règles autonomes sur la transparence devraient s'appliquer à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable (voir document A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 20 et 21).

28. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008), il avait décidé d'achever d'abord la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Il a été dit que l'examen de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités avait été reporté jusqu'à ce que cette révision soit achevée, étant entendu que l'examen de ce sujet était étroitement lié au Règlement. Il a été dit que le Groupe de travail devrait par conséquent envisager d'abord l'élaboration de règles sur la transparence dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, puis une éventuelle application plus large de cette norme juridique. Il a également été dit que, même si elle était rendue applicable dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la norme juridique sur la transparence constituerait un modèle pour d'autres règlements d'arbitrage, que les parties à un différend pourraient adopter lors de procédures arbitrales particulières non régies par le Règlement de la CNUDCI, voire que les États pourraient adopter dans leurs traités d'investissement.

29. Il a été répondu à cela que la nécessité d'une procédure transparente s'appliquerait de manière générale à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et ne se limiterait pas à l'arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités n'étant pas régis par le Règlement de la CNUDCI, le Groupe de travail devait envisager d'élaborer une norme juridique d'application générale sur la transparence. Il a été dit en outre que le mandat de la CNUDCI[7] était d'encourager l'harmonisation du droit commercial international et qu'en vertu de ce mandat, elle

[7] Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale du 17 décembre 1966.

devait s'attacher à créer un cadre juridique unifié pour le règlement juste et efficace des litiges survenant dans les relations commerciales internationales.

30. À la question de savoir si une application générale de la norme juridique sur la transparence à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait possible, il a été répondu que si un traité contenait des règles sur la transparence, les institutions arbitrales les appliqueraient même si leurs propres règles contenaient des dispositions différentes. Il a également été dit que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) n'avait rencontré jusque-là aucune difficulté pour appliquer les règles spécifiques sur la transparence contenues dans des traités en même temps que ses propres règles. À titre d'exemple, il a été dit que l'arbitrage dans le cadre du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (Traité CAFTA) prévoyait la publicité obligatoire des audiences et que ce type d'exigence particulière contenue dans des traités avait fonctionné de pair avec les règlements d'arbitrage applicables.

31. Il a été demandé si le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 devrait être modifié pour mentionner toute norme juridique sur la transparence qui pourrait lui être ajoutée (voir ci-dessus, par. 20). Il a été dit qu'une modification de l'article premier relatif au champ d'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour mentionner la norme juridique sur la transparence pourrait apporter de la clarté. Selon d'autres avis, le fait de proposer trois versions différentes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (celle de 1976, celle de 2010 et une version révisée tenant compte de la question particulière de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités) pourrait prêter à confusion. À l'issue de la discussion, il a été décidé de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur selon les décisions qui seraient prises sur la manière dont les parties exprimeraient leur consentement, et selon que la norme juridique sur la transparence serait conçue comme un supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou plus généralement comme une norme d'application générale couvrant tous les cas d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

32. Le Groupe de travail est convenu que les questions portant sur le champ d'application de la norme juridique sur la transparence seraient examinées ultérieurement.

C. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités d'investissement existants

1. Informations générales sur les traités d'investissement existants

33. Le Groupe de travail s'est vu présenter les données et tendances relatives à la place du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans les traités d'investissement et à son utilisation dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Selon une étude effectuée en 2010 par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), 60 % des 100 traités d'investissement examinés faisaient référence à un arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'examen de 42 traités d'investissement types existants effectué en janvier 2011 par la CNUCED a révélé que 76 % d'entre eux renvoyaient au Règlement de la CNUDCI. Il a été indiqué que certains États renvoyaient au

Règlement dans leur législation ou leurs contrats d'investissement et que, par exemple, un État incluait dans ses nouveaux contrats d'hydrocarbures la possibilité de recourir à un arbitrage ad hoc régi par le Règlement de la CNUDCI.

34. Pour ce qui est du choix du règlement d'arbitrage par l'investisseur en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, le Groupe de travail a appris qu'au cours des 10 dernières années, le CIRDI avait été l'instance la plus utilisée (62 % des cas en moyenne), devant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (27,4 % des cas en moyenne). Rien n'indiquait que l'introduction de la transparence avait dissuadé les États de proposer un arbitrage CIRDI dans les traités internationaux d'investissement ou incité les investisseurs à refuser de telles propositions, puisque la part des cas soumis au CIRDI était restée constante durant cette période. Il a aussi été mentionné que l'absence de transparence ne semblait pas procurer d'avantage compétitif à l'un ou l'autre règlement d'arbitrage, que ce soit en termes d'offre dans les traités d'investissement ou de conduite de l'arbitrage.

35. S'agissant du contenu des dispositions sur la transparence figurant dans les traités d'investissement, le Groupe de travail a été informé que 47 % des traités conclus en 2009 contenaient des dispositions générales sur la transparence et 25 % des dispositions sur la transparence spécifiquement liées à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Certains traités d'investissement comprenaient des dispositions "souples" sur la transparence s'inscrivant dans le cadre plus large des dispositions sur la promotion des investissements, alors que d'autres contenaient des dispositions juridiquement contraignantes pouvant exiger une importante réforme ou une politique proactive des parties concernées.

2. Application automatique d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants

36. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir dans quelle mesure la norme juridique sur la transparence pourrait être rendue applicable aux traités d'investissement existants, question sur laquelle il s'était déjà penché à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/712, par. 85 à 100).

37. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir si la norme juridique sur la transparence pourrait s'appliquer automatiquement à l'arbitrage dans le cadre de traités d'investissement existants. Il a été souligné que l'applicabilité de la norme juridique sur la transparence pourrait dépendre non seulement de la teneur du traité mais aussi de l'intention des parties à celui-ci. L'avis a été exprimé qu'une référence dans les traités au "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" sans autre précision concernant la version visée pourrait être interprétée comme une "référence dynamique" englobant toutes les évolutions possibles du Règlement (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 30). On a exprimé la crainte qu'une application automatique de la norme juridique sur la transparence aux traités existants n'ait un effet rétroactif, interdit par le droit des traités. Selon un avis différent, le droit des traités n'interdisait pas la rétroactivité en soi, la subordonnant à l'intention des parties, mais dans tous les cas une référence dynamique posait la question de l'applicabilité et non de la rétroactivité au regard du droit des traités. Le Règlement du CIRDI et l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont été cités comme exemples de normes auxquelles une référence dynamique était possible en pratique. Il a été dit également qu'une référence dynamique concernant la norme juridique sur la

transparence ne serait possible que si celle-ci prenait la forme d'un supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a en outre été déclaré que l'applicabilité de la norme juridique au moyen d'une référence dynamique supposerait aussi de régler la question soulevée par la présomption visée au paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

38. Des préoccupations ont été exprimées quant à l'application automatique au moyen d'une référence dynamique. Il a été dit que la référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, lorsqu'elle était incluse dans un traité, devait être interprétée à la lumière du droit international public et que donc la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne") s'appliquait. À cet égard, il a été souligné que les différentes possibilités de rendre la norme juridique applicable aux traités d'investissement existants étaient énoncées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.162. Il a été dit que l'application de la norme juridique sur la transparence ne pourrait se faire sans le consentement des États parties au traité concerné et que la CNUDCI n'avait pas le pouvoir d'imposer aux États l'application de ses textes (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 29). À cet égard, on a insisté sur le fait qu'un traité d'investissement était le résultat de négociations entre États reposant sur leur consentement.

39. À propos de la question de la "rétroactivité" ou de l'"applicabilité", il a été dit que l'élément déterminant était l'interprétation du traité et que toute tentative d'établir, de manière générale, une application automatique au moyen d'une référence dynamique ouvrirait la porte, dans des cas particuliers, à d'éventuelles contestations juridiques. Il a été dit également qu'une telle solution créerait la confusion et l'incertitude juridique et que le Groupe de travail devrait plutôt s'employer à rédiger un instrument qui serait adopté par les États et viserait à assurer que la norme juridique sur la transparence s'appliquerait aux traités d'investissement existants. Il a également été dit qu'une application automatique serait impossible si le traité d'investissement faisait explicitement référence à la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

40. Il a été dit en outre qu'il n'appartenait pas à la CNUDCI de déterminer si la norme juridique sur la transparence s'appliquerait aux traités existants ni de quelle manière. Il a aussi été souligné que l'application dépendrait du point de savoir si la norme juridique sur la transparence fonctionnerait sur la base d'un mécanisme d'acceptation expresse ou d'exclusion expresse (voir ci-dessus, par. 19 à 22).

41. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsqu'il examinerait si la norme juridique sur la transparence s'appliquerait sur la base d'une acceptation expresse ou d'une exclusion expresse, compte tenu des éléments suivants: i) si la solution de l'acceptation expresse était retenue, on pourrait rejeter l'argument selon lequel une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans un traité d'investissement existant impliquerait l'application de la nouvelle norme juridique sur la transparence; et ii) en revanche, si la solution de l'exclusion expresse était privilégiée, cet argument resterait possible mais on ne saurait alors pas avec certitude si cette norme serait applicable ou non.

3. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants

42. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il devrait envisager de rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants au moyen d'un instrument contenant des déclarations interprétatives communes en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 32 à 35), par lesquelles les États indiqueraient qu'ils considèrent que la référence à l'arbitrage figurant dans leur traité d'investissement inclut la norme juridique sur la transparence, ou d'une convention par laquelle ils pourraient exprimer leur consentement ou leur acceptation concernant l'application de cette norme à l'arbitrage fondé sur leurs traités existants et futurs (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 23 à 25). Avec une nouvelle convention, toutefois, la norme juridique sur la transparence ne pourrait s'appliquer qu'aux traités d'investissement entre États parties qui sont également parties à cette convention. Dans ce contexte, le Groupe de travail a aussi examiné la question de savoir si le Secrétariat devrait être chargé d'étudier plus avant les différentes possibilités et d'élaborer des propositions de textes qu'il examinerait à une session ultérieure.

43. Différents avis ont été exprimés quant à l'opportunité de préparer un instrument contenant des déclarations communes ou une convention pour rendre la norme juridique applicable aux traités existants. Il a été dit que les déclarations interprétatives communes portaient généralement sur les dispositions de fond d'un traité et qu'on pourrait mettre en doute la validité et la valeur d'un instrument, y compris d'une déclaration type faisant référence à l'interprétation de tout traité d'investissement.

44. Il a aussi été dit que l'élaboration d'un tel instrument serait prématurée et sortirait du cadre du mandat actuel du Groupe de travail. On s'est également inquiété du fait que de nombreux traités d'investissement existants contenaient des dispositions sur leur amendement, et que ces traités devaient être amendés conformément à ces dispositions et non par le biais d'un autre instrument. Il a encore été dit qu'il appartenait aux États de déterminer comment rendre la norme juridique applicable aux traités existants car c'était une question de droit international public. Il a été dit en outre que de tels travaux seraient prématurés tant que la substance de la norme juridique n'avait pas été examinée et qu'à ce stade des délibérations le Groupe de travail n'était pas en mesure de fournir au Secrétariat les orientations adéquates. On a rappelé au Groupe de travail que, lors de ses délibérations de 2006 sur la Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), il avait examiné le fond avant de se pencher sur l'applicabilité de l'interprétation.

45. Des avis ont été exprimés en faveur de l'idée d'examiner plus avant la possibilité d'élaborer un instrument qui, une fois adopté par les États, rendrait la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants. Il a été dit que les solutions consistant à rendre la norme juridique applicable aux traités existants au moyen de déclarations interprétatives communes en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne, d'un amendement ou d'une modification en application des articles 39 à 41 de ladite Convention, ou d'un accord ultérieur entre les États en application de l'article 30 de ladite Convention

étaient intéressantes et possibles sur le plan pratique et devraient être étudiées plus avant. Il a aussi été dit qu'en vertu du droit international public, les États pouvaient amender ou modifier leurs traités existants et que les déclarations interprétatives communes étaient acceptées dans la pratique internationale. Selon un autre avis, en élaborant des propositions de textes pour une session ultérieure, le Secrétariat faciliterait les délibérations du Groupe de travail.

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat d'examiner plus avant les possibilités de rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants et d'élaborer des propositions de textes pour ces instruments, qu'il examinerait ultérieurement.

D. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage

47. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir i) si l'investisseur devrait se voir accorder, dans la norme juridique sur la transparence, la possibilité de rejeter une offre d'arbitrage transparent ou de ne l'accepter que partiellement, et ii) si les deux parties pourraient convenir de ne pas appliquer les règles sur la transparence une fois leur litige survenu.

1. Possibilité pour l'investisseur de refuser la norme juridique sur la transparence

48. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail avait examiné la question de savoir si l'investisseur devrait se voir accorder la possibilité de s'écarter de la norme juridique sur la transparence (A/CN.9/712, par. 30, 95 et 96).

49. À la session en cours, il a été dit que l'investisseur acceptait l'arbitrage aux conditions énoncées dans une offre d'arbitrage figurant dans le traité, et que cette offre ne pouvait pas être modifiée. Une fois l'offre acceptée, l'investisseur était lié par les conditions énoncées dans celle-ci.

50. Il a été souligné que la norme juridique ne devrait prévoir aucune disposition autorisant l'investisseur à modifier l'offre d'arbitrage transparent. Il a également été dit que le fait de laisser à l'investisseur le dernier mot sur l'application de la norme juridique l'avantagerait indûment, réduirait la transparence et serait contraire au mandat de la Commission, à savoir améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été rappelé que la norme juridique sur la transparence visait à servir non seulement l'investisseur et l'État d'accueil, mais aussi la société civile, si bien qu'il n'appartenait pas à l'investisseur de se prononcer seul sur ce type de questions.

51. Toutefois, il a également été dit qu'il pourrait être souhaitable de prévoir la possibilité pour l'investisseur d'exprimer son avis sur l'offre d'arbitrage transparent de l'État d'accueil. À cet égard, on a expliqué qu'il fallait tenir compte de deux éléments distincts: d'une part, l'ensemble des règles sur la transparence et, d'autre part, le mécanisme déclenchant leur application. Selon que la norme juridique sur la transparence prévoirait un mécanisme d'acceptation expresse ou un mécanisme d'exclusion expresse, il reviendrait à l'État de formuler l'offre qu'il souhaiterait faire à l'investisseur.

52. En réponse à une préoccupation, il a été précisé que la protection des informations sensibles et confidentielles serait assurée par des limites que les règles sur la transparence devraient définir plus avant (voir par. 129 à 147 ci-dessous) (appelées “limites à la transparence énoncées à la section 6”).

53. À l’issue de la discussion, un large consensus s’est dégagé au sein du Groupe de travail, selon lequel la norme juridique sur la transparence ne devrait pas inclure le droit pour l’investisseur de déroger à l’offre d’arbitrage transparent.

2. Accord visant à s’écarter de la norme juridique sur la transparence une fois le litige survenu

54. Le Groupe de travail est convenu d’examiner plus avant la question, formulée au paragraphe 53 du document A/CN.9/WG.II/WP.162, de savoir si les parties au litige pourraient s’écarter de la norme juridique sur la transparence (voir aussi A/CN.9/712, par. 97 et 98).

55. Le Groupe de travail a noté que l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, contrairement à l’arbitrage commercial où la volonté des parties à l’arbitrage était déterminante, se faisait sur la base d’un traité entre États parties, ce qui limitait la possibilité des parties au litige de s’écarter de la voie tracée par ce dernier. Il a également été dit que les attentes des tiers qui devraient bénéficier de la norme juridique sur la transparence devaient être dûment prises en compte.

E. Contenu possible d’une norme juridique sur la transparence

56. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail est généralement convenu que les questions de fond à examiner concernant le contenu possible d’une norme juridique sur la transparence seraient les suivantes: publicité de l’ouverture de la procédure arbitrale; documents à publier (tels que les conclusions, les ordonnances de procédure et les éléments de preuve); observations présentées par des tiers (“*amici curiae*”) durant la procédure; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées (“registre”) (A/CN.9/712, par. 31).

57. À sa session en cours, le Groupe de travail est convenu de reprendre ses discussions sur chacune des questions énumérées ci-dessus. Il a pris note du commentaire selon lequel la liste actuelle des questions susceptibles d’être traitées dans la norme juridique sur la transparence ne faisait apparemment pas référence à la procédure de nomination des arbitres dans l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a donc été proposé que le Groupe de travail examine si des normes particulières de transparence devraient être définies pour la nomination des arbitres, notamment lorsque cette dernière incombait à une autorité de nomination. Cette proposition n’a pas été appuyée (voir par. 153 ci-après).

58. Le Groupe de travail est convenu de passer à la définition du contenu des normes les plus exigeantes en matière de transparence, en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles claires, compte tenu de l’accord figurant au paragraphe 26 ci-dessus. Il a été dit qu’il serait peut-être nécessaire de revoir le contenu de la norme juridique sur la transparence, et éventuellement de le restreindre, si le Groupe de travail optait par la suite pour la

présomption d'application de la norme (solution fondée sur la clause d'exclusion expresse, voir par. 20 ci-dessus).

1. Publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale

Moment de la publication et documents à publier

59. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis avaient été exprimés sur la question de savoir si l'existence d'une procédure arbitrale devrait être rendue publique une fois que la procédure était ouverte, ou au moment où le tribunal arbitral était constitué (A/CN.9/712, par. 34). Différents points de vue avaient été exprimés concernant les informations qu'il convenait de rendre publiques avant la constitution du tribunal arbitral, en particulier sur la question de savoir si celles-ci devaient se limiter à l'existence du litige, ou s'il fallait publier également la notification d'arbitrage (A/CN.9/712, par. 33). Il avait été estimé que des informations préliminaires sur les parties impliquées, leur nationalité et le secteur économique concerné pourraient suffire (A/CN.9/712, par. 33).

60. À sa session en cours, le Groupe de travail a examiné en particulier si la notification d'arbitrage devrait être publiée et à quel moment. Il a été souligné que la décision sur ce point dépendrait de la question de savoir si la société civile devrait jouer un rôle actif à ce stade de la procédure.

61. Le Groupe de travail est généralement convenu que la notification d'arbitrage devrait être divulguée. Il a été dit que, comme la plupart des documents importants de la procédure seraient divulgués, la notification d'arbitrage et la réponse à cette notification devraient également être publiées.

62. Les avis ont cependant divergé sur la question de savoir si la notification d'arbitrage devrait être publiée avant la constitution du tribunal arbitral, compte tenu en particulier du fait que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI était un règlement ad hoc et qu'il n'y avait aucune institution chargée de traiter les questions susceptibles de se poser avant la constitution du tribunal.

63. Des avis ont été exprimés selon lesquels la notification d'arbitrage, et plus généralement l'existence de la procédure arbitrale, devraient être rendues publiques une fois le tribunal arbitral constitué. Il a été dit, pour appuyer ce point de vue, que le tribunal arbitral serait le mieux placé pour veiller à la question des informations confidentielles et sensibles pouvant figurer dans la notification d'arbitrage. La publication de la notification d'arbitrage à un stade ultérieur, a-t-on dit, permettrait également de protéger les parties à l'arbitrage contre d'éventuelles pressions de la société civile, s'agissant en particulier de la nomination des arbitres, dont on estimait qu'elle était un droit des parties au litige. Il a été signalé que l'État défendeur avait besoin de temps pour organiser sa défense et préparer sa réponse à la notification d'arbitrage. Afin de garantir l'équité, les détails du litige figurant dans la notification ne devraient être rendus publics que lorsque l'État défendeur aurait eu la possibilité de présenter sa propre position en réponse à la notification. Il a été dit que, après que la notification d'arbitrage avait été adressée et avant qu'il y soit répondu, il existait des possibilités de régler le litige qui seraient compromises une fois que la position des parties, telle qu'exprimée dans la notification et la réponse, serait publiée. Il a été répondu que les traités prévoyaient généralement un délai, avant l'ouverture de la procédure arbitrale, pendant lequel les parties pouvaient essayer de régler le litige à l'amiable.

64. Selon des points de vue opposés, la publication après la constitution du tribunal arbitral ne permettrait pas à la société civile d'être informée de l'ouverture de la procédure, ni d'exprimer son opinion au début de cette dernière et peut-être un avis sur la composition du tribunal. Il a été dit que la publication rapide de la notification d'arbitrage était le meilleur moyen de promouvoir la transparence. Suivant cette approche, la notification d'arbitrage, une fois remise, devrait être intégralement divulguée et il faudrait trouver des solutions possibles à la nécessité de protéger des informations sensibles et confidentielles. Un exemple de solution pratique à la question a été donné: lorsqu'un État était avisé qu'un investisseur engageait une procédure arbitrale, il demandait à ce dernier, avant de publier la notification d'arbitrage, d'examiner s'il souhaitait supprimer certaines informations. L'État défendeur décidait également si certaines informations devraient être éliminées. En cas de désaccord entre les parties sur les informations à supprimer, la version de la notification d'arbitrage la plus expurgée était publiée. Une procédure similaire pourrait être prévue dans la norme juridique sur la transparence, car cette approche n'avait pas soulevé de difficultés dans les États qui l'avaient adoptée. Il a été souligné que les pressions du public étaient inhérentes à la publication et à la transparence. Il a été proposé de prévoir dans les règles de transparence une procédure permettant la publication de la notification d'arbitrage sous réserve que les parties s'entendent sur les informations sensibles et confidentielles à supprimer. En cas de désaccord entre les parties sur lesdites informations, la version la plus expurgée de la notification d'arbitrage serait publiée. Une fois constitué, le tribunal arbitral pourrait déterminer, parmi les informations faisant l'objet du désaccord, celles qu'il faudrait publier et, au besoin, ordonner la publication d'une notification révisée.

65. Il a été souligné que la norme juridique à élaborer devait poser des règles claires universellement applicables et que, par conséquent, une procédure simple serait préférable. Il ne serait peut-être pas toujours facile de déterminer ce qui constituerait la version la plus expurgée d'une notification d'arbitrage dans l'exemple donné au paragraphe 64 ci-dessus. Il serait préférable, selon ce point de vue, que la notification d'arbitrage soit publiée après la constitution du tribunal arbitral, pour que ce dernier puisse aider à déterminer les informations confidentielles et sensibles qui ne devraient pas être publiées. On a aussi reconnu, toutefois, la nécessité d'informer la société civile dès que s'ouvrait la procédure.

66. Une solution de compromis a été proposée, qui consisterait à publier la notification d'arbitrage une fois le tribunal arbitral constitué et à publier également des informations sur l'existence de la procédure, sur le modèle des procédures du CIRDI, rapidement après la réception de la notification d'arbitrage. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 22 du Règlement administratif et financier du CIRDI disposait que "[l]e Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée".

67. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur une proposition figurant dans le paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui était rédigée comme suit: "Les informations concernant le nom des parties, leurs nationalités et le secteur économique en cause sont rendues publiques une fois [la notification d'arbitrage reçue par le défendeur] [formé le tribunal arbitral]."

68. La proposition mentionnée au paragraphe 67 ci-dessus a recueilli un certain soutien, étant entendu que le premier passage entre crochets serait conservé et le second supprimé. Il a été dit que cette proposition prévoyait une procédure qui était conforme à celle actuellement suivie au CIRDI et qui, de ce fait, était déjà connue de nombreux États. Pour ce qui est de la rédaction, il a été suggéré de parler d'une "brève description de l'objet du litige" plutôt que du "secteur économique en cause" afin de fournir au public des informations plus précises.

69. Afin de prévoir une procédure permettant aux parties de publier la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral, on a proposé un autre texte qui pourrait être libellé comme suit: "Une fois qu'il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur met rapidement à la disposition du public i) les informations concernant le nom des parties, leurs nationalités et le secteur économique en cause; et ii) la notification d'arbitrage, à l'exception de toute partie de la notification que le demandeur (au moment où il soumet cette dernière) ou le défendeur refuse de voir publier au motif qu'elle contient des informations protégées."

70. Cette proposition a également recueilli un certain soutien. Il a été dit qu'elle prévoyait une règle claire et simple concernant les informations à publier au début de la procédure et les conditions de publication de la notification d'arbitrage et, ce faisant, répondait aux inquiétudes exprimées au sein du Groupe de travail (voir ci-dessus, par. 65). Il a été expliqué qu'il revenait au demandeur de déterminer, au moment d'envoyer la notification d'arbitrage, les informations à supprimer et que le défendeur aurait la possibilité d'en faire autant. Il a également été expliqué que le projet de texte partait de l'hypothèse que la publication incombait au défendeur, mais que celle-ci pourrait être modifiée si le Groupe de travail décidait ensuite d'établir un lieu de conservation des informations publiées. Il a en outre été expliqué que la proposition précisait que seules pouvaient échapper à la publication les informations soumises aux limites à la transparence énoncées à la section 6.

71. Il a été suggéré de modifier la proposition figurant au paragraphe 69 ci-dessus pour qu'elle autorise le demandeur ou le défendeur à s'opposer à la publication de la notification sans faire dépendre ce refus des limites à la transparence énoncées à la section 6. On a estimé qu'au début de la procédure, une partie pourrait avoir diverses raisons de ne pas souhaiter que des informations figurant dans la notification d'arbitrage soient rendues publiques. Il a aussi été proposé d'inverser la présomption concernant la publication des informations en disposant que la notification d'arbitrage ne devrait pas être publiée sauf accord contraire des deux parties. Un certain nombre de préoccupations ont été réitérées au sujet de la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral.

72. Afin de mieux concilier le besoin de transparence et la protection d'informations sensibles et confidentielles, le texte suivant a été proposé: "La publication des informations concernant la notification d'arbitrage devrait respecter les obligations de confidentialité imposées par la loi applicable". Cette proposition n'a pas été appuyée, en particulier car elle risquait, pensait-on, de permettre à une partie de publier des informations sans le consentement de l'autre et ne prévoyait pas de procédure harmonisée.

73. Il a été demandé s'il faudrait, lors du débat sur le moment de la publication, examiner aussi quelle partie ou institution serait chargée de la publication et quelles pourraient être les sanctions si une obligation de publication n'était pas respectée.

On a précisé en réponse que le Groupe de travail aborderait ces points lorsqu'il examinerait la question de savoir si un lieu central de conservation des informations devrait être créé.

74. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la proposition figurant aux paragraphes 67 et 68 ci-dessus bénéficiait d'un appui. Il a pris note des inquiétudes exprimées au sujet de cette proposition par ceux qui étaient favorables à la publication des informations après la constitution du tribunal arbitral. Il a prié le Secrétariat d'établir un projet de texte à partir de la proposition ainsi que d'autres projets de textes tenant compte des propositions figurant aux paragraphes 69 et 71 ci-dessus, afin qu'il les examine à une session future.

2. Documents à publier

75. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, différents avis avaient été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et, dans l'affirmative, lesquels (A/CN.9/712, par. 40 à 42). L'avis avait été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci devraient être mis à la disposition du public. Selon un avis contraire, il ne serait pas nécessaire de publier tous les documents, compte tenu en particulier de la nécessité de trouver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace.

76. À sa session en cours, le Groupe de travail a examiné les propositions contenues aux paragraphes 46 et 47 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui reflétaient les différents avis exprimés à sa cinquante-troisième session.

77. Il a été précisé que la référence à la "section 6", qui figurait dans les propositions à l'examen, désignait les éventuelles limites à la transparence qu'il faudrait définir plus avant dans la norme juridique sur la transparence. Il a aussi été indiqué que le texte entre crochets, qui prévoyait la possibilité d'une convention contraire des parties, serait examiné plus avant une fois qu'il aurait été décidé si les parties au litige seraient libres de convenir de s'écarter de la norme juridique sur la transparence une fois le litige survenu (voir ci-dessus, par. 54 et 55), et qu'il n'en serait par conséquent pas longuement débattu dans le cadre de chaque proposition. Il a en outre été précisé que la question de la publication des sentences arbitrales serait traitée séparément (voir par. 93 à 100 ci-après).

78. Il a été fait observer qu'aucune des options n'indiquait le moment où les documents devaient être publiés. Il a été expliqué qu'il était entendu que ceux-ci seraient publiés une fois qu'ils étaient disponibles. À cet égard, un avis a été exprimé selon lequel la publication de documents au cours de l'arbitrage pourrait mettre en danger l'intégrité de la procédure. Selon cet avis, l'objectif de transparence pourrait également être atteint par la publication des documents principaux après la procédure. À cet égard, il a été fait remarquer que, dans certains pays, la loi interdisait à un tribunal arbitral de divulguer des informations tant que la procédure n'était pas terminée.

79. On a demandé si la question de la loi applicable en vertu de laquelle le tribunal arbitral exercerait les pouvoirs que lui conférait la disposition relative à la publication des documents serait analysée. À cela, il a été répondu que l'approche suivie serait très similaire à celle qui avait été adoptée dans l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, ou l'article 17 du Règlement

d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, et qu'il n'était pas envisagé de traiter la question de la loi applicable dans le cadre des règles sur la transparence. Un avis a été exprimé selon lequel les traités d'investissement contenaient généralement des dispositions sur la loi applicable qui seraient pertinentes à cet égard.

Option 1, variante 1

80. La première proposition, désignée sous le nom d'option 1, variante 1, au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, prévoyait ce qui suit: "Tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public [sauf convention contraire de l'ensemble des parties], sous réserve de la section 6 ci-après."

81. Divers avis ont été exprimés au sujet de cette variante. Il a été dit que la mise à disposition de tous les documents, sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6, était une solution optimale, car elle permettait d'assurer au public un accès suffisant aux documents. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session on avait souligné l'importance de l'accès aux documents, s'agissant plus généralement d'admettre les mémoires d'*amicus curiae*, étant donné que la qualité de ces mémoires dépendrait du niveau d'accès aux documents qui leur serait accordé (A/CN.9/712, par. 51).

82. Si l'on a estimé que l'option 1, variante 1, favorisait une transparence totale, on a appelé l'attention du Groupe de travail sur les frais et la charge de travail qu'une telle approche pourrait entraîner. Il a été dit que les dossiers contenant les éléments de preuve étaient souvent très longs et qu'il serait difficile, pour les parties et le tribunal arbitral, d'en supprimer les informations sensibles et confidentielles. À cela, il a été répondu que si, pour des raisons pratiques, les documents ne pouvaient pas tous être publiés, ils pourraient être mis à la disposition des tiers à leur demande.

Option 1, variante 2

83. La seconde proposition, désignée sous le nom d'option 1, variante 2, au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, prévoyait une liste de documents à publier. Elle était libellée comme suit: "Les documents suivants sont mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; les conclusions présentées au tribunal par une partie au litige et toute conclusion écrite d'une partie non contestante ou d'un *amicus curiae*; les procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, le cas échéant; et les ordonnances, sentences et décisions du tribunal [sauf convention contraire de l'ensemble des parties,] sous réserve de la section 6 ci-après."

84. Cette variante a été appuyée parce qu'elle constituait un bon compromis entre les principes de transparence et les exceptions nécessaires à celui-ci. Il a été noté que la liste des documents ne mentionnait ni la preuve par écrit, ni les déclarations de témoins, ni les rapports d'experts agissant en qualité de témoin et qu'il convenait de l'examiner plus avant. Il a été demandé également si les observations écrites présentées par un ou des États parties non contestants et des *amici curiae* devraient y figurer, ces documents pouvant être défavorables à l'une ou l'autre des parties. Il a été dit en outre que les informations intéressant le plus le public pourraient ne pas se trouver dans les documents de la liste mais dans une pièce jointe ou une annexe à

l'un d'eux. Une liste restreinte de documents pourrait priver les tiers d'informations essentielles à la compréhension de l'affaire. Il a été suggéré d'adopter pour cette variante une approche plus souple et de permettre au tribunal d'ordonner la publication de documents particuliers supplémentaires à la suite d'une demande d'un tiers.

Option 2

85. La troisième proposition, désignée sous le nom d'option 2 au paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, était la suivante: "Le tribunal arbitral décide en consultation avec les parties quels documents doivent être mis à la disposition du public."

86. À l'appui de cette proposition, il a été dit que le tribunal arbitral serait le mieux placé pour déterminer quels documents devraient être publiés et quelles questions d'intérêt général devraient être portées à l'attention de la société civile. Il a été estimé que le tribunal arbitral ne devrait pas simplement consulter les parties mais obtenir leur approbation pour la publication, ou alors s'abstenir de publier si une partie s'y opposait. Il a été dit qu'une telle disposition permettrait de se prononcer au cas par cas sur la publication et se rapprocherait de la procédure suivie par le CIRDI concernant la publication de documents en cours de procédure. Des doutes ont été émis quant à savoir si cette option suffirait à améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été dit que cette proposition, en l'état, était très proche de la pratique en vigueur dans l'arbitrage commercial et ne suffirait donc peut-être pas à promouvoir la transparence. Il a été souligné que cette option conférait toute latitude au tribunal arbitral mais ne donnait pas d'indication quant à la manière dont il exercerait ce pouvoir d'appréciation. Il a été jugé souhaitable de donner au tribunal arbitral des orientations à cet égard, que ce soit dans la règle portant spécifiquement sur l'accès aux documents ou dans une règle générale. Un avis a été exprimé selon lequel la consultation des parties par le tribunal arbitral devrait également être prévue.

87. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a pris note de quatre nouvelles solutions issues de son examen de la question et pouvant se résumer comme suit.

88. La première solution serait que le tribunal arbitral décide quels documents doivent être rendus publics, sous réserve d'opposition d'une des parties. Il a été souligné que cette formule laisserait en fait au tribunal arbitral un pouvoir d'appréciation moins important que celui dont il jouissait actuellement dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 15 du texte de 1976 et l'article 17 du texte de 2010 disposant que "le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié [...]". Il a également été dit que, selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral pouvait ordonner la publication de documents s'il le jugeait opportun sans qu'aucune partie n'ait le droit de s'y opposer. On a donc demandé si cette première solution était compatible avec le mandat du Groupe de travail, à savoir l'élaboration de règles sur la transparence.

89. La deuxième solution serait que tous les documents soient rendus publics; toutefois si, pour des raisons pratiques, tous n'étaient pas publiés, les tiers conserveraient le droit d'accéder à l'information, sur demande, sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6.

90. La troisième solution serait de prévoir une liste définie de documents qui seraient rendus publics dans tous les cas, le tribunal arbitral pouvant ordonner la publication de tout autre document qu'il jugerait pertinent. Dans cette approche, les tiers pourraient également demander l'accès à des informations supplémentaires mais, contrairement à la deuxième solution, ils n'auraient pas nécessairement droit à cet accès. Les limites à la transparence énoncées à la section 6 s'appliqueraient également dans ce cas.

91. La quatrième solution serait de fournir une liste de documents pouvant être rendus publics. Il appartiendrait au tribunal arbitral de décider au cas par cas quels documents publier, sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6.

92. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer différents projets de propositions reflétant ses débats, qu'il examinerait à une session ultérieure.

3. Publication des sentences arbitrales

93. Après avoir rappelé les débats menés à sa cinquante-troisième session, au cours desquels de nombreuses délégations avaient appuyé la création d'une disposition générale exigeant la publication des sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (A/CN.9/712, par. 62), le Groupe de travail a entrepris d'examiner la question de la publication des sentences arbitrales à sa session en cours.

94. Le Groupe de travail a été informé que le Comité de l'investissement de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) avait publié en juin 2005 une déclaration, dans laquelle ses membres étaient d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, était souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence.

95. Dans ce contexte, l'idée d'élaborer une règle simple sur la publication des sentences arbitrales issues des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités a bénéficié d'un certain soutien. On a dit que cette publication contribuerait à améliorer la transparence dans ces arbitrages et permettrait au Groupe de travail de s'acquitter au mieux du mandat que lui avait confié la Commission.

96. On a expliqué que la publication des sentences arbitrales serait elle aussi soumise aux limites à la transparence énoncées à la section 6. Le Groupe de travail a noté que toute règle qu'il élaborerait sur la publication des sentences arbitrales devrait tenir compte de l'article 32-5 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et de l'article 34-5 du Règlement de 2010, qui subordonnaient la publication des sentences arbitrales au consentement de toutes les parties, en particulier si la norme juridique prenait la forme d'un supplément ou d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

97. Un certain appui a été exprimé aussi en faveur de l'élaboration d'une règle sur la publication des sentences arbitrales se fondant sur la proposition du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui était libellée comme

suit: “Les sentences sont publiées sauf convention contraire de l’ensemble des parties. Si celles-ci ne s’entendent pas sur la publication d’une sentence, le tribunal arbitral publie rapidement des extraits du raisonnement juridique suivi par le tribunal.” À cet égard, on a précisé que le mot “parties” désignait uniquement les parties au litige et non pas les tierces parties intéressées ni les autres États parties au traité d’investissement concerné. On a également précisé que les mots “Si celles-ci ne s’entendent pas sur la publication d’une sentence” devaient être interprétés comme exigeant que l’ensemble des parties conviennent de ne pas publier.

98. On s’est demandé si cette proposition contribuerait à améliorer la transparence dans la mesure où elle était très similaire à la disposition correspondante du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI.

99. Il a été noté que des termes différents étaient utilisés aux paragraphes 17 et 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1 pour désigner les décisions prises par le tribunal arbitral, à savoir “ordonnances”, “sentences” et “décisions du tribunal”. Le Groupe de travail est convenu qu’il faudrait veiller à une utilisation cohérente de la terminologie et établir une règle commune sur la publication de toutes les décisions rendues par le tribunal arbitral.

100. À l’issue de la discussion, l’élaboration d’une disposition simple qui prévoirait la publication des sentences a été largement appuyée au sein du Groupe de travail, et les délégations qui avaient exprimé des réserves à ce sujet ont demandé au Groupe de travail de garantir une protection adéquate des informations confidentielles ou sensibles afin de tenir compte de leurs préoccupations. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d’élaborer des projets de propositions sur la publication des sentences en tenant compte de ses délibérations afin qu’il les examine à une session ultérieure.

4. Audiences et transcriptions d’audiences

Publicité des audiences

101. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail avait examiné la question de savoir si les audiences devraient être ouvertes au public (A/CN.9/712, par. 52). Ce point avait aussi bien recueilli des appuis que suscité des réserves. D’un côté, il avait été suggéré que toute disposition sur la publicité des audiences contenue dans une norme juridique devant être élaborée sur la transparence prévoie que les audiences soient ouvertes au public, sauf convention contraire des parties (A/CN.9/712, par. 53 à 55). De l’autre côté, des réserves à caractère général avaient été formulées à l’égard de la publicité des audiences, concept considéré comme contraire à la nature même de l’arbitrage qui, avait-on dit, était confidentiel et ne permettait pas l’accès de tiers aux audiences (A/CN.9/712, par. 57).

102. À sa session en cours, le Groupe de travail a examiné un projet de proposition figurant au paragraphe 50 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui était libellé comme suit: “En cas de procédure orale, le tribunal tient des audiences publiques [sauf objection de l’une ou l’autre des parties] et arrête en consultation avec les parties les dispositions logistiques appropriées.” La proposition tendant à mentionner dans ce texte les limites à la transparence énoncées à la section 6 a été appuyée.

103. Il a été dit que la publicité des audiences était un aspect fondamental d’une procédure d’arbitrage transparente. Il a été estimé que la proposition mentionnée au

paragraphe 102 fournissait une règle simple et adaptée sur la publicité des audiences. Néanmoins, il a été fait remarquer qu'elle portait seulement sur les dispositions logistiques mais qu'elle ne traitait pas la question de savoir si un tribunal pouvait limiter l'accès du public.

104. Les avis ont divergé sur la question de savoir s'il fallait supprimer le texte entre crochets au paragraphe 102 ci-dessus, qui permettait à l'une quelconque des parties de s'opposer à la publicité des audiences. En faveur de sa suppression, il a été souligné que les règles sur la transparence étaient principalement élaborées pour servir les intérêts de la société civile et que les parties ne devraient pas être sollicitées pour trancher cette question. En outre, on s'est demandé si l'élaboration d'une règle sur la publicité des audiences à laquelle les parties pourraient déroger à leur gré serait conforme au mandat confié au Groupe de travail de promouvoir la transparence.

105. Selon un point de vue opposé, le droit de l'une quelconque des parties de s'opposer à la publicité des audiences devrait être affirmé. Il a été proposé que le Groupe de travail envisage de s'appuyer sur l'article 32-2 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI ("Règlement d'arbitrage du CIRDI"), en y apportant les modifications nécessaires, pour traiter cette question, dans la mesure où celui-ci accordait le droit à l'une quelconque des parties de s'opposer à la publicité des audiences. Le paragraphe 2 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage du CIRDI était libellé comme suit: "Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées."

106. Afin de concilier les avis divergents exprimés sur la question de savoir si les parties devaient avoir le droit de s'opposer à la publicité des audiences, il a été proposé que le tribunal arbitral décide si les audiences devaient être publiques "en consultation avec les parties". Un avis a été exprimé selon lequel toutes les audiences ne présentaient pas nécessairement un intérêt pour le public, et le tribunal arbitral serait le mieux placé pour déterminer quelles audiences ou quelles parties d'une audience seraient accessibles au public. Cette option permettrait également aux parties d'exprimer leur avis, mais dans les cas où l'intérêt général était en jeu, le tribunal arbitral pourrait ignorer une objection des parties et tenir des audiences publiques.

107. La proposition figurant au paragraphe 106 a recueilli un certain appui. Il a été proposé de la compléter par une phrase précisant que, en principe, les audiences devraient être publiques.

108. On a demandé s'il faudrait donner davantage d'orientations sur la manière dont le tribunal déciderait de tenir des audiences publiques ou des audiences à huis clos. Certains ont été d'avis qu'il n'était ni souhaitable ni possible de donner des orientations au tribunal. Plusieurs propositions ont toutefois été faites sur les moyens possibles de fournir de telles orientations.

109. On a estimé que les limites à la transparence énoncées à la section 6 devraient guider le tribunal arbitral. On s'est demandé si les exceptions à la transparence qui

avaient trait principalement à la protection des informations confidentielles et sensibles engloberaient tous les cas exigeant la tenue d'une audience à huis clos. On a estimé qu'il faudrait peut-être laisser au tribunal arbitral le pouvoir de décider de tenir des audiences à huis clos pour des raisons pratiques. L'avis a également été exprimé que toutes les audiences ne mettaient pas nécessairement en jeu des questions d'intérêt général.

110. En réponse à une opinion selon laquelle l'existence de questions d'intérêt général devrait guider le tribunal arbitral dans sa décision, il a été dit que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités intéressait par nature le public, puisque cet arbitrage impliquait qu'un État exerce des pouvoirs discrétionnaires. Selon d'autres avis, le tribunal arbitral ne s'apercevait peut-être pas toujours immédiatement de l'intérêt que présentait une affaire pour le public et on ne devait pas lui imposer la lourde tâche de déterminer si les questions posées relevaient ou non de l'intérêt général. On s'est demandé si la règle sur la publicité des audiences avait pour objet d'ouvrir les audiences au public ou de limiter l'accès du public aux audiences dans lesquelles l'intérêt général était en jeu.

111. En réponse à un avis selon lequel le tribunal arbitral pourrait obtenir des orientations en consultant les parties, il a été rappelé que ces dernières ne seraient peut-être pas les mieux placées pour conseiller le tribunal sur ce point car elles avaient un intérêt personnel dans la question.

112. Il a été proposé de clarifier l'objet des règles sur la transparence dans un préambule qui pourrait être rédigé comme suit: "Les présentes règles sur la transparence, qui ont pour objet d'accroître la légitimité de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de promouvoir l'intérêt général inhérent à ce type d'arbitrage, ont vocation à s'appliquer dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Cet objet guide les tribunaux arbitraux dans l'application qu'ils font des présentes règles."

113. En réponse à la question de savoir si les parties au litige pourraient décider que les audiences se tiendraient à huis clos alors que la règle juridique prévoyait des audiences publiques, il a été dit que cette question devrait être examinée à un stade ultérieur des délibérations.

114. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a pris note des divers avis exprimés, et a prié le Secrétariat d'établir des projets de textes qu'il examinerait à une prochaine session. Les avis exprimés au sein du Groupe de travail ont été résumés comme suit. Un premier groupe était d'avis que l'une quelconque des parties au litige devrait avoir un droit de veto sur la question de tenir ou non des audiences publiques. Il a été demandé si cela était compatible avec le mandat du Groupe de travail. Un second groupe était d'avis que le tribunal arbitral devrait jouir d'une liberté d'appréciation à cet égard. La question a alors été posée de savoir si des orientations devraient être données au tribunal arbitral sur ce point et, dans l'affirmative, lesquelles. Un troisième groupe était d'avis qu'il devrait y avoir une règle simple selon laquelle les audiences devaient être publiques, sous réserve seulement d'exceptions justifiées par des dispositions logistiques et sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6. Il a été dit qu'il n'existait sans doute pas de grande différence entre le deuxième et le troisième groupe puisqu'ils acceptaient tous les deux le fait qu'en principe le tribunal arbitral ait une certaine marge d'appréciation en la matière. La question était de savoir quelle serait cette

marge d'appréciation, qui pouvait être illimitée, guidée par des orientations ou soumise à certaines limites. La question pourrait être utilement examinée une fois que les limites à la transparence énoncées à la section 6 deviendraient plus claires.

Transcriptions des audiences

115. Il a été noté que la décision concernant les transcriptions des audiences devrait dépendre de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences (voir aussi A/CN.9/712, par. 58). Certaines délégations ont émis des doutes sur cette interprétation. Il a été convenu d'examiner plus avant la question en même temps que les divers projets de textes devant être établis par le Secrétariat pour examen à une session future.

5. Observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans une procédure arbitrale

116. Le Groupe de travail a rappelé les débats qu'il avait tenus à sa cinquante-troisième session sur la question de la soumission d'observations par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*. Au cours de ces débats, de nombreuses délégations avaient fermement appuyé l'idée de permettre la présentation de mémoires d'*amicus curiae* au motif que ceux-ci pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et renforçaient la légitimité du processus arbitral (A/CN.9/712, par. 46).

*Critères de restriction concernant les mémoires d'*amicus curiae

117. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il avait été largement estimé que certains critères de restriction devraient être définis en ce qui concerne les mémoires d'*amicus curiae*, notamment le sujet de ces mémoires, les compétences de l'*amicus curiae*, la pertinence des mémoires pour la procédure, le nombre maximum de pages approprié et le moment où les mémoires pourraient être soumis (A/CN.9/712, par. 47). À sa session en cours, le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations sur les critères qu'il faudrait appliquer aux mémoires d'*amicus curiae*.

118. Une proposition pour déterminer lesdits critères se fondait sur une disposition utilisée dans certains accords d'investissement qui, a-t-on dit, reflétait une évolution dans la pratique. La disposition était libellée comme suit: "Le Tribunal est habilité à admettre et examiner les mémoires présentés à titre d'*amicus curiae* par une personne ou une entité non contestante."

119. On a considéré que la proposition figurant au paragraphe 118 ci-dessus posait une règle claire et simple. Toutefois, on a estimé qu'une disposition sur la question devrait probablement être plus détaillée, afin de fournir des orientations aux parties et au tribunal arbitral, compte tenu du fait qu'un certain nombre d'États avaient peu d'expérience dans ce domaine. Il a donc été proposé d'examiner si une disposition sur les mémoires d'*amicus curiae* semblable à celle figurant dans le document interprétatif de la Commission du libre-échange de l'ALENA intitulé "Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie du 7 octobre 2004" ("Déclaration de la Commission du libre-échange") pourrait servir de modèle.

120. Il a été dit, à l'appui de cette dernière proposition, que la disposition qu'élaborerait le Groupe de travail devrait donner suffisamment d'orientations au

tribunal arbitral sur la manière de traiter les mémoires d'*amicus curiae*. Une telle disposition, a-t-on ajouté, devrait prévoir la possibilité pour le tribunal de consulter les parties, de sorte que le tribunal ne tranche pas seul la question de l'acceptation des mémoires d'*amicus curiae*. Toute disposition sur la question devrait indiquer clairement que ces mémoires ne seraient pas automatiquement acceptés.

121. Une solution à mi-chemin entre la proposition contenue au paragraphe 118 ci-dessus et la disposition de la Déclaration de la Commission du libre-échange, qui était très détaillée, a été suggérée, qui consisterait à envisager d'élaborer une disposition inspirée de l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Il a été dit à l'appui de cette solution qu'elle donnerait des orientations suffisantes sans être aussi longue que la disposition sur la soumission des mémoires d'*amicus curiae* figurant dans la Déclaration de la Commission du libre-échange.

122. Il a été noté que l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI n'exigeait pas que soient révélées l'identité de la partie non contestante, la nature de ses membres lorsqu'il s'agissait d'une organisation, et la nature de sa relation, le cas échéant, avec les parties au litige, ni qu'il soit indiqué si la partie non contestante avait reçu un appui financier ou autre appui matériel de l'une des parties ou d'une personne ayant un lien avec les parties dans l'affaire. Ces points étaient traités en détail au paragraphe B.2 de la Déclaration de la Commission du libre-échange, mentionnée au paragraphe 119 ci-dessus. Ces points étant jugés importants, il a été proposé de les inclure dans une disposition sur la question.

123. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir des projets de dispositions fondés sur les propositions mentionnées aux paragraphes 118 et 122 ci-dessus, afin qu'il les examine à une prochaine session.

Intervention d'un ou de plusieurs États non contestants

124. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait été fait observer qu'un autre État partie au traité d'investissement en question mais non partie au différend pouvait aussi souhaiter présenter des observations, être invité à le faire ou en avoir le droit en vertu du traité. Il avait été noté qu'un tel État avait souvent des informations importantes à fournir, notamment sur les *travaux préparatoires*, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49). Le Groupe de travail a aussi rappelé et réitéré sa décision de porter cette question à l'attention de la Commission et de lui demander si elle devrait ou non être incluse dans le champ de ses travaux actuels (A/CN.9/712, par. 103).

*Décisions concernant les mémoires d'*amicus curiae

125. Compte tenu de ses délibérations sur les restrictions concernant les mémoires d'*amicus curiae*, le Groupe de travail est convenu que, si des procédures détaillées devaient être prévues, le tribunal arbitral devrait être tenu de consulter les parties avant de rendre ses décisions sur ces mémoires.

Niveau d'accès aux documents

126. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, dans le contexte plus large de l'admission des mémoires d'*amicus curiae*, on avait souligné l'importance de l'accès aux documents, étant donné que la qualité de ces mémoires dépendrait du niveau d'accès aux documents qui serait accordé aux *amici curiae*

(A/CN.9/712, par. 51). À sa session en cours, il a examiné la question de savoir si, eu égard au rôle des *amici curiae*, il devrait y avoir une règle leur accordant un niveau d'accès différent de celui du public.

127. On a noté qu'il convenait de distinguer trois catégories de tiers potentiels pour ce qui était de l'accès aux documents. La première était constituée par le public. La deuxième comprenait les tiers qui avaient un intérêt dans l'objet du litige et pouvaient avoir besoin de plus d'informations pour présenter des observations susceptibles d'aider le tribunal arbitral à se prononcer, si ces tiers étaient autorisés à présenter de telles observations en qualité d'*amici curiae*. La troisième comprenait les parties qui avaient un intérêt personnel dans l'issue de la procédure (par exemple, une personne qui tirerait avantage d'une prétendue expropriation) et pourraient par conséquent être considérées comme ayant intérêt à y participer. Il a été dit qu'il faudrait peut-être accorder un niveau d'accès distinct à chacune de ces catégories. Selon un autre avis, il pourrait s'avérer difficile en pratique de réserver aux *amici curiae* un traitement distinct de celui réservé au public avant qu'un mémoire ne soit accepté et il ne devrait pas y avoir de niveaux d'accès distincts dans une disposition sur la question.

128. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la participation au processus arbitral de la troisième catégorie de personnes visée ci-dessus au paragraphe 127 posait des questions de jonction d'instances, qui pourraient nécessiter des règles spécifiques dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Cependant, il est convenu que la question sortait du cadre de son mandat actuel, qui portait uniquement sur la transparence (voir ci-dessous, par. 153). Il a été noté en outre que la décision sur le niveau d'accès qui serait accordé aux *amici curiae* était étroitement liée aux dispositions relatives à la publication des documents. Dans ce contexte, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette question à un stade ultérieur de ses délibérations en se fondant sur les projets de textes qui seraient soumis concernant la disposition relative aux documents à publier (voir ci-dessus, par. 75 à 92).

6. Limites possibles aux règles sur la transparence

129. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il était convenu qu'il devrait y avoir des limites possibles à la transparence. Plusieurs catégories d'exceptions ou limites possibles avaient été mentionnées: i) protection des informations confidentielles et sensibles, ii) protection de l'intégrité du processus arbitral, et iii) nécessité de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable (A/CN.9/712, par. 67 à 72).

Protection des informations confidentielles et sensibles

130. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il avait été généralement reconnu qu'il importait de tenir compte de la question de la protection des informations confidentielles et sensibles dans le cadre du débat sur la transparence.

131. Dans ce contexte, il a été proposé de demander au Secrétariat de préparer un projet de texte tenant compte à la fois de la transparence et de la confidentialité en trouvant un juste équilibre pour protéger ces deux intérêts légitimes. Le Groupe de travail est convenu que le concept d'information commerciale confidentielle ou

sensible était assez clair, mais que le Secrétariat devrait recevoir davantage d'indications pour rédiger une proposition de texte sur la protection de l'information confidentielle des États. Il a été dit en outre que, souvent, la législation nationale protégeait certaines informations et que le Secrétariat devrait prendre en compte la question de la loi applicable en rédigeant des propositions de textes sur la protection des informations confidentielles et sensibles en vue des délibérations ultérieures du Groupe de travail. En réponse, il a été dit que la norme juridique sur la transparence, une fois finalisée, inclurait probablement une règle similaire à celle de l'article 1-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ou de l'article 1-3 du Règlement de 2010, selon laquelle la norme juridique ne pouvait pas déroger à la loi impérative applicable.

132. Il a été dit que le modèle de traité bilatéral d'investissement d'une délégation et les "Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11", publiées le 31 juillet 2001 par la Commission du libre-échange de l'ALENA faisaient référence à la suppression de "l'information privilégiée ou ne pouvant être divulguée" aux termes de la loi d'une partie. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait peut-être examiner plus avant la notion d'"information privilégiée" ("privileged information"), qui pouvait ne pas être comprise de la même manière dans tous les pays, afin de déterminer si une disposition sur la protection des informations confidentielles et sensibles devrait aussi mentionner l'information "privilégiée".

133. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat de préparer des propositions de textes pour une disposition sur la protection des informations confidentielles et sensibles, qu'il examinerait à une session ultérieure.

134. Le Groupe de travail a rappelé que la tâche de déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles pourrait être confiée au tribunal arbitral ou aux parties (A/CN.9/712, par. 69). Il a été noté que le paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1 incluait une proposition selon laquelle les parties devraient se mettre d'accord pour déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles, et que cette décision ne serait prise par le tribunal qu'en cas d'impossibilité d'aboutir à un accord. Il a également été proposé que les parties disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles. Le rôle du tribunal arbitral se limiterait alors à contrôler si les parties s'étaient acquittées de leurs obligations de bonne foi.

135. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question à une session ultérieure, en se fondant sur les projets de textes devant être préparés par le Secrétariat.

Protection de l'intégrité du processus arbitral

136. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait été généralement reconnu qu'il convenait de tenir compte de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral dans le cadre du débat sur les limites à la transparence (A/CN.9/712, par. 72).

137. Le Groupe de travail a estimé que le terme "intégrité du processus arbitral" devrait être défini, de sorte qu'il ne devienne pas trop général, et que les exceptions à la transparence devraient être définies avec concision.

138. Il a été dit que l'intégrité du processus arbitral englobait la protection des parties à la procédure, de leurs conseils, des témoins et du tribunal arbitral contre toute intimidation et menace physique. Il a été souligné que l'expression pourrait aussi recouvrir d'autres cas de figure, tels que la perturbation de l'audience par des membres du public. D'autres exemples ont été donnés sur des problèmes externes à la procédure arbitrale, notamment la politisation générale de la procédure et la manipulation par les médias.

139. Des préoccupations ont été exprimées quant à la nature et à la portée de cette catégorie d'exceptions possibles à la transparence, car elle semblait trop générale et vague et pourrait indûment limiter la transparence. Il a été dit que toute exception à la transparence visant à protéger l'intégrité du processus arbitral devrait être assortie d'un seuil élevé et se limiter aux cas évoqués de protection des personnes participant à la procédure arbitrale contre toute intimidation et menace physique. Des formules telles que "risque de voir s'aggraver le litige" ou de "rendre le règlement du litige difficile ou impossible" seraient trop générales.

140. Il a été dit que les questions relatives à la régularité de la procédure ou au bon déroulement des audiences ne devraient pas être considérées comme relevant de la protection de l'intégrité du processus arbitral et que certaines préoccupations pourraient donner lieu à un libellé approprié dans la disposition sur la conduite des audiences.

141. Il a été proposé que l'équité et l'efficacité de la procédure figurent parmi les critères susceptibles de limiter l'objectif de publicité des audiences.

142. Il a également été estimé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (articles 15 du Règlement de 1976 et 17 du Règlement de 2010) conférait déjà au tribunal arbitral un grand pouvoir d'appréciation pour conduire la procédure de la manière qu'il jugeait appropriée et que la protection de l'intégrité du processus arbitral pourrait déjà relever de ce pouvoir. Il a été proposé que le Secrétariat étudie de manière plus approfondie les arbitrages internationaux régis par le Règlement de la CNUDCI pour analyser comment ce pouvoir avait été utilisé par les tribunaux pour protéger l'intégrité du processus arbitral.

143. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les questions qui seraient examinées plus avant à ce sujet étaient notamment de savoir: i) si une disposition sur la protection de l'intégrité du processus arbitral devrait prendre la forme d'un libellé général ou énoncer les cas spécifiques devant être expressément prévus; ii) quelle était la relation entre la protection de l'intégrité du processus arbitral et les dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI relatives à cette question; et iii) comment déterminer le seuil à partir duquel limiter la transparence en raison de la nécessité de protéger l'intégrité du processus arbitral.

Bonne gestion de la procédure arbitrale

144. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il avait été dit que la question générale de la gestion de l'instance était importante et devrait être examinée plus avant (A/CN.9/712, par. 72). Les règles sur la transparence ne devraient pas engendrer de retards, de coûts supplémentaires ni de charge injustifiée dans la procédure arbitrale et un juste équilibre devrait être trouvé entre l'intérêt du public et la bonne gestion de la procédure arbitrale.

145. À la session en cours, il a été dit que la bonne gestion de la procédure arbitrale était un aspect important dont il fallait tenir compte lors de l'élaboration de règles sur la transparence, car ces règles devraient aussi avoir pour but de préserver le droit à un accès effectif à la justice. Il a également été dit qu'une instance trop coûteuse qui pourrait résulter de l'organisation de procédures transparentes pourrait compromettre le droit fondamental d'une partie à accéder effectivement à la justice.

146. Cependant, on s'est inquiété de ce qu'une règle générale sur la bonne gestion de la procédure arbitrale ne contribue à une dégradation significative de la transparence.

147. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a considéré qu'il faudrait très probablement trouver le juste équilibre pour chaque disposition sur la transparence plutôt que dans le cadre des limites à la transparence.

7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre")

148. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait été proposé que les informations soient rendues publiques par les parties – l'État d'accueil ou l'investisseur – ou dans un registre neutre (A/CN.9/712, par. 37 et 73 à 75). On a généralement appuyé l'idée selon laquelle, si ce registre neutre devait être créé, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies serait idéalement placé pour le tenir. Il a également été rappelé que, si l'Organisation des Nations Unies n'était pas en mesure de prendre en charge cette fonction, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et le CIRDI s'étaient déclarés disposés à assurer ces services de registre. On s'est inquiété de savoir si la création d'un registre neutre relevait du mandat du Groupe de travail ou de la CNUDCI elle-même. En réponse, le Groupe de travail est généralement convenu que l'examen d'un registre neutre devrait être considéré comme faisant partie intégrante du mandat confié par la Commission de préparer une norme juridique applicable sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

149. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la création d'un registre neutre devrait être considérée comme une étape nécessaire dans la promotion de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Des exemples ont été cités d'accords régionaux en vertu desquels des informations comparables étaient fournies directement par les différents États concernés. Il a été généralement convenu que des informations plus détaillées devraient être fournies au sujet de cette pratique. Il a également été souligné que dans les arbitrages traités par des institutions arbitrales existantes, l'institution qui administrait l'affaire serait la mieux placée pour publier des informations conformément à une norme juridique sur la transparence.

150. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, l'existence d'un registre central serait indispensable pour apporter le niveau de neutralité nécessaire dans l'administration d'une norme juridique sur la transparence. Il a été généralement estimé qu'il était peut-être prématuré de tenter de définir les caractéristiques détaillées de ce registre tant que le Groupe de travail n'aurait pas décidé quelles fonctions précises il devrait remplir. Par exemple, il conviendrait de tenir compte de l'ampleur et du coût du travail juridique nécessaire pour résumer les affaires ou expurger des documents, en plus du simple travail administratif nécessaire pour publier des documents non expurgés. Il a été convenu que des recherches plus poussées seraient nécessaires sur

les paramètres qui devraient être pris en compte dans la création de ce registre. Les points particuliers qui devraient être examinés plus avant étaient des questions administratives telles que le financement, la gouvernance et la responsabilité de ce registre, ainsi que les langues qui y seraient utilisées. À cet égard, il a été proposé qu'en plus des publications du registre central, les États jouent un rôle complémentaire, par exemple en mettant les informations à disposition dans la langue locale.

151. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de poursuivre à une session ultérieure l'examen des questions soulevées par la création d'un registre central. Le Secrétariat a été prié de mener des recherches préliminaires sur les questions susmentionnées et de recueillir des informations auprès d'organisations ayant l'expérience de fonctions comparables.

V. Questions diverses

152. En application de la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session (voir par. 3 ci-dessus), le Groupe de travail a tenu une discussion afin d'identifier d'autres questions se posant plus généralement dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires et pourraient donc être portées à l'attention de la Commission à une session future.

153. Après avoir examiné la question de la participation à la procédure d'un tiers ayant un intérêt particulier dans l'affaire (voir par. 128 ci-dessus) et la proposition selon laquelle des règles spécifiques concernant la nomination des arbitres devraient être établies (voir par. 57 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que ces questions ne devraient pas être portées à l'attention de la Commission. Il a réitéré la décision qu'il avait prise à sa cinquante-troisième session (voir A/CN.9/712, par. 103) de demander à la Commission s'il pouvait se saisir de la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans le cadre de ses travaux en cours.

E. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.162 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Portée et formes possibles d'une norme juridique sur la transparence 5-21

A. Portée d'une norme juridique sur la transparence 5-6

B. Formes possibles d'une norme juridique sur la transparence 7-21

1. Déclaration de principe type 10-12

2. Clauses types à insérer dans les traités d'investissement 13-14

3. Principes directeurs 15

4. Règles autonomes 16-21

i) Règles complétant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique et s'appliquant uniquement aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités 17-19

ii) Règles applicables à tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités 20-21

III. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence 22-53

A. Relation entre les États parties à un traité d'investissement 22-48

1. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants et futurs 22-25

i) Recommandation relative à l'application d'une norme juridique sur la transparence 22

ii) Convention relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités 23-25

2. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités d'investissement existants 26-42

i) Consentement des États parties à un traité d'investissement 27-31

ii) Déclaration interprétative commune des États 32-35

iii) Déclarations unilatérales des États 36-37

iv) Amendement ou modification d'un traité d'investissement 38-40

v) Les États pourraient-ils être juridiquement empêchés de rendre une norme juridique sur la transparence applicable à des traités existants? 41-42

3. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités futurs . . . 43-48

i) Consentement des États parties à un traité d'investissement 43-44

ii) Options possibles en vue d'appliquer une norme juridique sur la transparence aux traités futurs 45-48

B. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage 49-53

1. L'investisseur pourrait-il s'écarter d'une norme juridique sur la transparence? 50-52

2. Les parties au litige pourraient-elles s'écarter d'une norme juridique sur la transparence? 53

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a chargé le Groupe de travail d'élaborer une norme juridique sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités[1]. On a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager de se pencher sur les questions qui se posaient plus généralement lors de ces arbitrages et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont elle était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument relatif aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans ces arbitrages. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait mettre en évidence d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux et que ces questions pourraient être portées à l'attention de cette dernière à sa prochaine session, en 2011[2].

2. À sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010), le Groupe de travail a commencé ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a choisi à cette session de procéder à une discussion préliminaire et générale, qui est reflétée dans le document A/CN.9/712, sans tenter à ce stade de parvenir à un consensus, et ce afin de cerner les questions à examiner à sa session suivante (A/CN.9/712, par. 15). Il a ainsi examiné d'une manière générale le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence, et les diverses formes qu'elle

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

[2] Ibid., par. 191.

pourrait prendre (A/CN.9/712, par. 22 à 30 et 76 à 100), ainsi que son contenu possible (A/CN.9/712, par. 31 à 75).

3. En application de la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session (voir par. 1 ci-dessus), le Groupe de travail a également tenu une discussion afin de mettre en évidence d'autres questions se posant plus généralement dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires et pourraient donc être portées à l'attention de la Commission à une session future. À cet égard, il est convenu de demander à la Commission s'il pouvait se saisir, dans le cadre de ses travaux en cours, de la question de l'intervention éventuelle, dans un arbitrage, d'un État partie au traité d'investissement en question mais non partie au litige (A/CN.9/712, par. 102 et 103).

4. Comme l'a demandé le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/712, par. 101), la présente note contient, pour examen à sa cinquante-quatrième session, une analyse des questions qu'il a recensées en relation avec la forme possible (section II), l'applicabilité (section III) et le contenu (section IV) d'une norme juridique sur la transparence. Sauf indication contraire, les délibérations du Groupe de travail auxquelles il est fait référence ici sont celles qui ont eu lieu à sa cinquante-troisième session.

II. Portée et formes possibles d'une norme juridique sur la transparence

A. Portée d'une norme juridique sur la transparence

5. La Commission a chargé le Groupe de travail, à ses quarante et unième[3] et quarante-troisième[4] sessions, d'élaborer une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. À sa quarante et unième session, elle a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme que prendrait un tel instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. D'après les différentes possibilités envisagées par la Commission, les travaux devaient traiter une question générale qui se posait dans tous les arbitrages entre investisseurs et États. La Commission n'a pas limité la portée d'une norme juridique sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Parmi les possibilités envisagées figurait l'élaboration d'instruments tels que des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, un règlement d'arbitrage distinct ou des clauses facultatives à insérer dans des traités[5].

6. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une norme juridique sur la transparence devrait être d'application générale, c'est-à-dire s'appliquer aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, indépendamment du fait qu'un règlement d'arbitrage précis régisse ou non le règlement du litige (voir

---

[3] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.
[4] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190 et 191.
[5] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

ci-après par. 16, 20 et 21). Il voudra peut-être aussi examiner si une large applicabilité de cette norme, indépendamment d'un règlement d'arbitrage précis, serait pour lui le meilleur moyen de s'acquitter du mandat qui lui a été confié par la Commission, à savoir mettre au point un instrument visant à promouvoir la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités[6].

B. Formes possibles d'une norme juridique sur la transparence

7. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné de manière générale le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, et les diverses formes qu'elle pourrait prendre (A/CN.9/712, par. 22 à 30 et par. 76 à 100), et décidé que toutes les suggestions formulées à cet égard exigeraient une analyse juridique plus approfondie (A/CN.9/712, par. 94).

8. On notera que les développements concernant l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence à la section III, ainsi que les projets de dispositions sur la transparence proposés plus loin à la section IV, n'ont pas pour but d'exprimer une préférence pour l'une ou l'autre option. C'est au Groupe de travail qu'il appartient de décider du caractère et des formes que pourrait revêtir une norme juridique sur la transparence.

9. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que les différentes formes que pourrait prendre une norme juridique sur la transparence énumérées ci-après ne s'excluent pas nécessairement l'une l'autre.

1. Déclaration de principe type

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait utile, pour encourager et faciliter la transparence, d'élaborer une déclaration de principe type qui serait proposée aux États pour adoption.

11. Une telle déclaration pourrait éventuellement énoncer des règles de fond sur la transparence et contenir le texte d'une disposition par laquelle un État indiquerait soit que ces règles s'appliquent, soit que leur application est proposée en cas d'arbitrage avec un investisseur fondé sur un traité d'investissement précis. Elle pourrait être adoptée par les États au moyen d'une déclaration commune ou unilatérale (voir par. 32 à 37 ci-après) et, partant, être une solution pour traiter de l'application de règles de transparence aux traités existants.

12. Selon la manière dont elle serait rédigée, cette déclaration, une fois que les États parties au traité d'investissement concerné lui auraient donné effet, pourrait être considérée comme constituant soit une obligation de recourir à un arbitrage transparent soit une proposition supplémentaire faite à un investisseur de soumettre l'arbitrage aux dispositions sur la transparence qu'elle contiendrait (voir par. 50 à 53 ci-après).

---

[6] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190 et 191.

2. Clauses types à insérer dans les traités d'investissement

13. Une autre forme possible de norme juridique sur la transparence qui a été mentionnée est la clause type à insérer dans les dispositions des traités d'investissement relatives au règlement des litiges. On notera que ces dispositions s'inspirent souvent du modèle de l'arbitrage commercial et que, dans la plupart des cas, elles ne traitent pas de questions telles que la divulgation de l'existence de la procédure, la divulgation de documents de procédure, la publicité des audiences ou l'intervention de tiers non parties à l'arbitrage.

14. En adoptant de telles clauses dans les traités d'investissement, les États montreraient qu'ils sont soucieux de promouvoir la transparence dans les arbitrages. Ces clauses pourraient être rédigées de manière à obliger l'investisseur à se soumettre aux dispositions sur la transparence ou à le lui proposer (voir par. 50 à 53 ci-après).

3. Principes directeurs

15. Un autre moyen possible d'aborder la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait d'élaborer des principes directeurs qui guideraient les États dans la négociation de traités d'investissement, les tribunaux arbitraux lorsqu'ils se prononcent sur ces questions, ainsi que les parties à l'arbitrage et les autres parties ayant un intérêt légitime dans l'issue de ce dernier. Ces principes pourraient s'appliquer aux arbitrages fondés sur des traités existants ou futurs, à condition que les parties à l'arbitrage conviennent de leur application.

4. Règles autonomes

16. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, on a appuyé l'idée que la norme juridique prenne la forme soit d'un supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit de règles autonomes sur la transparence (A/CN.9/712, par. 76). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le champ d'application de ces règles (voir par. 5 et 6 ci-dessus). Des règles sur la transparence pourraient s'appliquer soit uniquement en relation avec les procédures arbitrales menées conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit plus largement aux procédures arbitrales même si elles sont régies par un autre règlement.

i) Règles complétant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique et s'appliquant uniquement aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

17. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la possibilité d'élaborer des règles traitant spécifiquement de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, et de compléter ainsi le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique.

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure cette option préserverait l'applicabilité générale du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Qui plus est, l'existence d'un ensemble de règles distinctes s'appliquant uniquement à l'arbitrage d'investissement pourrait poser des questions difficiles concernant la définition de ce type d'arbitrage (régi par ces règles) par rapport à d'autres types d'arbitrage (qui ne seraient pas régis par elles). Un autre point à examiner serait de savoir s'il conviendrait de limiter le contenu des nouvelles règles

sur l'arbitrage en matière d'investissement aux seules questions de transparence, étant donné que d'autres questions pourraient être abordées dans ces règles.

19. L'application de règles sur la transparence complétant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI aux traités d'investissement supposerait que les États parties à ces traités aient consenti à une telle application (voir par. 27 à 31, 44 et 47 ci-après).

ii) Règles applicables à tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

20. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des règles autonomes sur la transparence devraient s'appliquer aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, indépendamment du règlement d'arbitrage applicable (voir par. 5, 6 et 16 ci-avant).

21. Cette option supposerait que les règles sur la transparence soient rédigées de manière générique et qu'elles s'appliquent si les États parties à un traité d'investissement y ont consenti (voir par. 27 à 31, 44 et 46 ci-après).

III. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence

A. Relation entre les États parties à un traité d'investissement

1. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants et futurs

i) Recommandation relative à l'application d'une norme juridique sur la transparence

22. Selon la forme que prendrait la norme juridique sur la transparence, la CNUDCI pourrait en promouvoir l'application aux traités d'investissement en élaborant une recommandation incitant les États à appliquer la norme aux traités existants et futurs. Cette recommandation aurait pour objectif de souligner l'importance de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Elle laisserait les États libres de décider des moyens d'appliquer la norme sur la transparence dans le contexte des traités tant existants que futurs (voir par. 26 à 40 et 45 à 48 ci-après).

ii) Convention relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

23. Afin de promouvoir l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement, il a aussi été proposé, à la cinquante-troisième session du Groupe de travail, d'élaborer une convention internationale sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, dans laquelle les États pourraient s'entendre sur l'application d'une telle norme ou y consentir (A/CN.9/712, par. 93).

24. Pour ce qui est des traités d'investissement existants, cette solution aurait pour but d'éviter à un État de devoir engager des procédures pour amender chacun des traités déjà conclus (voir la description de ces procédures aux paragraphes 32 à 40

ci-après)[7]. Toutefois, avec une nouvelle convention, la norme juridique sur la transparence serait uniquement applicable aux traités d'investissement entre les États parties qui sont également parties à cette convention.

25. Le texte d'une nouvelle convention relative à la transparence préciserait aussi que les normes sur la transparence s'appliquent aux traités d'investissement futurs, suivant les conditions qui seraient définies dans ladite convention.

2. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités d'investissement existants

26. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné les mesures que les États pourraient prendre pour assurer l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence aux traités multilatéraux ou bilatéraux d'investissement existants. De nombreuses délégations ont appuyé l'idée qu'il serait souhaitable d'appliquer une telle norme également aux traités d'investissement existants. Toutefois, on s'est demandé si cette application était possible sur les plans juridique et pratique (A/CN.9/712, par. 85 et 86).

i) Consentement des États parties à un traité d'investissement

27. Selon l'article 2-1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)[8] ("la Convention de Vienne"), qui s'est vu reconnaître le statut de droit international coutumier, un traité d'investissement est un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international.

28. Les traités d'investissement renferment habituellement une clause de règlement des litiges entre l'État d'accueil et un investisseur, clause qui donne le choix entre plusieurs règles d'arbitrage. Une norme juridique sur la transparence ne peut s'appliquer automatiquement à une clause de règlement des litiges figurant dans un traité existant, car elle constituerait un amendement à cette clause, lequel amendement ne pourrait être apporté sans l'accord des parties au traité (voir art. 39 à 41 de la Convention de Vienne), qui sont "maîtresses" de leur traité.

29. Pour que cet accord se matérialise, il ne suffirait pas que la CNUDCI, en sa qualité d'organe intergouvernemental, ait mis au point une norme juridique sur la transparence sous l'une des formes énumérées aux paragraphes 10 à 21 ci-dessus. La CNUDCI n'a pas autorité pour imposer aux États l'application de ses propres textes[9].

---

[7] Une solution similaire a été adoptée dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005) concernant l'utilisation de telles communications pour la formation ou l'exécution d'un contrat régi par certaines conventions. Une disposition semblable à celle figurant à l'article 20-1 de ladite convention pourrait être envisagée ici. L'article 20-1 est libellé comme suit: "1. *Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir…*".

[8] Faite à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[9] Voir résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

30. Il a été dit au Groupe de travail, à sa cinquante-troisième session, qu'une norme juridique sur la transparence pourrait s'appliquer automatiquement aux traités existants si l'on considérait que les États, en consentant dans le traité d'investissement à soumettre les arbitrages entre investisseurs et États au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, s'attendaient à ce que le système d'arbitrage de cette dernière se développe au fil du temps. Une telle interprétation permettrait d'appliquer une norme juridique sur la transparence de manière automatique car celle-ci ferait partie de ce système évolutif d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/712, par. 89). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'application d'une norme juridique à un traité existant sans que les États parties en soient convenus, par exemple par voie de déclaration interprétative commune (voir par. 32 à 35 ci-dessous), risquerait d'être considérée comme une violation du traité et du droit international applicable, car elle entraînerait l'incorporation à un traité existant d'une norme juridique entrée en vigueur uniquement après la conclusion de ce traité. On rappellera que l'article 31-1 de la Convention de Vienne énonce une règle générale d'interprétation des traités, selon laquelle "[un] traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but".

31. Le Groupe de travail se rappellera peut-être qu'il avait tout à fait conscience de la difficulté posée par une application rétroactive dans le contexte des traités d'investissement et avait de ce fait rédigé l'article premier, paragraphe 2, de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de manière à tenir compte de l'effet d'une application rétroactive involontaire (A/CN.9/646, par. 76).

ii) Déclaration interprétative commune des États

32. Une norme juridique sur la transparence pourrait s'appliquer aux traités d'investissement existants si les États parties faisaient une déclaration interprétative commune. L'article 31-3 a) de la Convention de Vienne dispose qu'il "sera tenu compte, en même temps que du contexte, de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions".

33. Les exemples de déclarations interprétatives communes abondent en droit international public. Ainsi, en 1993, les États parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (1990) ont conclu un "Document des États parties" renfermant un accord sur l'interprétation et l'application de certaines dispositions du Traité, accord qui de fait équivalait à un amendement de ce dernier. Un autre exemple d'interprétation faisant autorité est la décision commune, prise par les États membres de ce que l'on nommait alors la Communauté européenne, de remplacer le terme "écu" par "euro" pour désigner l'unité monétaire européenne dans le traité de la Communauté européenne. Les États membres ont trouvé un accord sur ce terme, évitant ainsi tout amendement au traité, qui aurait exigé une longue procédure de ratification et un contrôle parlementaire. Le libellé de l'accord auquel ils sont parvenus lors de leur réunion à Madrid en 1995 était le suivant: "Le nom spécifique 'euro' sera utilisé au lieu du terme générique "écu" employé dans le traité pour désigner l'unité monétaire européenne. Les gouvernements des 15 États membres sont convenus d'un commun accord que la présente décision constitue l'interprétation agréée et définitive des dispositions du traité."

34. Les États parties à un traité d'investissement pourraient, dans une déclaration interprétative commune, convenir entre eux que la clause du traité prévoyant un

arbitrage entre investisseurs et États sera interprétée comme emportant application de la norme juridique sur la transparence. Une telle interprétation conforme à l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne n'est soumise à aucune exigence de forme particulière[10], à savoir qu'elle n'a pas à revêtir la forme d'un traité, mais devrait établir clairement l'intention des parties de considérer leur déclaration comme une base d'interprétation adoptée d'un commun accord.

35. Une telle déclaration interprétative peut être considérée comme revenant presque à modifier ou amender le traité initial. Des cours et tribunaux internationaux ont reconnu le statut d'interprétation authentique à des déclarations ultérieures qui s'écartaient de l'intention originaire des parties dans le cadre du traité et/ou de la lettre du traité[11]. La distinction entre interprétation et amendement d'un traité est cependant loin d'être claire en droit international public. Le Groupe de travail estimera peut-être que, même si le droit international coutumier considère les déclarations interprétatives des États parties comme ayant pour effet de modifier ou d'amender un traité, certains États pourraient hésiter à opter pour cette solution face au risque que des litiges ne surviennent concernant l'effet d'une telle interprétation.

iii) Déclarations unilatérales des États

36. Il a également été proposé à la cinquante-troisième session du Groupe de travail que l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence soit assurée par voie de déclarations unilatérales des États (A/CN.9/712, par. 93).

37. La déclaration d'un seul État ne serait pas suffisante pour qu'une norme juridique sur la transparence devienne applicable à des traités existants. En effet, un traité se fonde sur l'accord des États parties et il faudrait que le ou les autres États parties prennent des dispositions pour faire savoir qu'ils partagent la même interprétation. Aussi les États parties à un traité d'investissement devraient-ils formuler chacun une déclaration unilatérale dans le même sens pour qu'une telle norme s'applique à ce traité. Ces déclarations unilatérales formeraient alors ce que l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne appelle un "accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions" (voir ci-dessus, par. 32 à 35). Elles ne doivent pas nécessairement

---

[10] Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt du 13 décembre 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, par. 49, à l'adresse http://www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf. Cet arrêt montre clairement que l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne ne prévoyait pas qu'un accord ultérieur doive revêtir la même forme que le traité qu'il concerne pour jouer un rôle dans l'interprétation de ce dernier.

[11] Voir, par exemple, *l'Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica* c. *Nicaragua)*, arrêt de la Cour internationale de Justice du 13 juillet 2009, par. 64, à l'adresse http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15322.pdf?PHPSESSID =0f6172db27484f28f06e7259b13580e0; *Interprétation de l'Accord relatif aux services de transport aérien du 27 mars 1946 (France* c. *États-Unis d'Amérique)*, sentence du 22 décembre 1963, p. 60 et suiv., à l'adresse http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/5-74.pdf; *Emplacement des balises frontalières à Taba (Égypte* c. *Israël)*, sentence du 28 septembre 1988, par. 210, à l'adresse http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/1-118.pdf; *Interprétation de l'Accord relatif aux services de transport aérien du 6 février 1948 (Italie* c. *États-Unis d'Amérique)*, sentence du 17 juillet 1965, p. 99 et suiv., à l'adresse http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/75-108.pdf.

prendre la forme d'une déclaration "commune". Il faut toutefois que l'accord des parties sur l'interprétation du traité soit établi, accord qui pourrait être exprimé par un échange de notes. Comme l'a indiqué la Commission du droit international dans ses projets de directives concernant les déclarations relatives aux traités bilatéraux[12], une déclaration interprétative d'un traité faite par un seul État partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue une interprétation authentique de ce traité[13].

iv) Amendement ou modification d'un traité d'investissement

38. L'article 39 de la Convention de Vienne dispose qu'"[u]n traité peut être amendé par accord entre les parties. Sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement, les règles énoncées dans la partie II s'appliquent à un tel accord." Les articles 40 et 41 de la Convention fournissent des indications supplémentaires sur l'amendement ou la modification des traités. La possibilité d'amender un traité uniquement par un nouvel accord séparé découle du principe *pacta sunt servanda*. L'accord ne lie que les États parties qui l'ont conclu.

39. Les dispositions des articles 39 à 41 de la Convention de Vienne s'appliquent sauf dispositions contraires dans le traité concernant son amendement ou sa modification. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que de nombreux traités d'investissement contiennent des dispositions d'amendement. Même lorsqu'un traité prévoit une procédure d'amendement particulière, les États parties peuvent, par accord unanime ultérieur, exclure cette procédure. Le Groupe de travail notera peut-être qu'un accord informel visant à amender ou modifier un traité peut soulever des difficultés constitutionnelles dans les États, même si les articles 39 à 41 de la Convention n'exigent pas, du point de vue du droit international public, qu'un traité soit amendé ou modifié de la même manière qu'il a été conclu.

40. Certains traités d'investissement prévoient expressément que les États parties approuvent les amendements conformément à leurs procédures légales respectives. À titre d'exemple de traité d'investissement exigeant expressément l'accord des parties pour amender le traité, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine signé en 2004 dispose, en son article 22-2, que "1. Les Parties peuvent convenir de tout amendement au présent Accord. […]. 2. Lorsqu'il a été ainsi convenu, et approuvé conformément aux procédures légales applicables de chaque Partie, l'amendement fait partie intégrante du présent Accord et prend effet à la date à laquelle son approbation a été notifiée par écrit au Dépositaire par toutes les Parties ou à toute autre date fixée d'un commun accord entre elles."[14] Un autre exemple est l'Accord de renforcement du partenariat économique signé en 2004 par le Japon et les États-Unis du Mexique, qui dans son article 174 prévoit ce qui suit: "1. Sauf s'il en dispose autrement, le

---

[12] Les projets de directives concernant les déclarations relatives aux traités bilatéraux figurent parmi les projets de directives traitant des réserves et de l'interprétation authentique en vertu de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne, publiés par la Commission du droit international, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), par. 40, disponible à l'adresse http://untreaty.un.org/ilc/reports/2010/2010report.htm.

[13] Ibid., projet de directive 1.5.3.

[14] Disponible à l'adresse http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text.

présent Accord peut être amendé par accord entre les Parties. Cet amendement est approuvé par les Parties conformément à leurs procédures légales respectives. Il entre en vigueur le trentième jour qui suit la date d'échange de notes diplomatiques mentionnant ladite approbation. 2. Tout amendement au présent Accord fait partie intégrante de ce dernier."[15] D'autres traités d'investissement ne prévoient pas expressément l'obligation pour les États parties d'approuver un amendement conformément à leurs procédures légales respectives. Par exemple, l'Accord portant création de la zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, signé en 2009, contient à l'article 6 du chapitre 18 la disposition suivante: "Le présent Accord peut être amendé par accord écrit entre les Parties et les amendements entreront en vigueur à la date ou aux dates dont elles seront convenues entre elles."[16]

v) Les États pourraient-ils être juridiquement empêchés de rendre une norme juridique sur la transparence applicable à des traités existants?

41. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le fait qu'un investisseur ait droit ou s'attende légitimement à un arbitrage non transparent dans le cadre d'un traité d'investissement existant pourrait empêcher les États de rendre une norme juridique sur la transparence applicable audit traité. Un tel empêchement ou obstacle présupposerait que le traité confère un tel droit à l'investisseur ou suscite chez lui une telle attente. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il n'est pas certain que le traité d'investissement puisse être considéré comme générant ce type de droit ou d'attente. Si un traité d'investissement prévoit que l'arbitrage sera soumis à un tel ou tel règlement d'arbitrage existant, il n'exclut pas nécessairement, pour autant, la possibilité que la procédure arbitrale proprement dite se déroule de manière transparente. Par ailleurs, nombre de traités d'investissement disposent qu'un investisseur peut soumettre un litige à un arbitrage régi par "tout autre ensemble de règles", en exigeant parfois l'accord des deux parties pour que ces dernières s'appliquent[17].

42. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'on pourrait considérer que le droit ou l'attente légitime de l'investisseur ne voit le jour que lorsque ce dernier a accepté l'offre d'arbitrage dans le cadre du traité d'investissement, acceptation qui intervient dans de nombreux cas au moment où il soumet son litige.

---

[15] Disponible à l'adresse http://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf.

[16] Disponible à l'adresse http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/contents.html.

[17] Voir, par exemple, le Traité type des États-Unis d'Amérique sur la promotion et la protection réciproque de l'investissement, adopté en 2004, qui prévoit dans son article 24-3 b) qu'un demandeur peut soumettre un litige "en accord avec le défendeur, à toute autre institution arbitrale ou à tout autre règlement d'arbitrage"; l'Accord de 2009 portant création de la zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui prévoit dans son article 21-1 que la procédure arbitrale peut être soumise "si les parties au litige en conviennent, à toute autre institution arbitrale ou à tout autre règlement d'arbitrage"; et l'Accord de renforcement du partenariat économique signé en 2004 par le Japon et les États-Unis du Mexique (Accord de libre-échange entre le Japon et le Mexique), dont l'article 79-1 d) dispose que le litige peut être soumis "si les parties audit litige en conviennent, à un arbitrage régi par d'autres règles".

3. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités futurs

i) Consentement des États parties à un traité d'investissement

43. En ce qui concerne l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités futurs, il a été dit à la cinquante-troisième session du Groupe de travail qu'il était possible de prévoir une présomption d'application d'une telle norme de manière à donner aux parties le degré de certitude nécessaire quant à savoir si elles étaient ou non soumises à des règles de transparence dans un arbitrage donné (A/CN.9/712, par. 82 à 84).

44. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter à cet égard qu'une norme juridique sur la transparence ne peut s'appliquer automatiquement aux traités d'investissement futurs. Il a été jugé important, à sa cinquante-troisième session, que les dispositions visant l'application des règles de transparence aux traités futurs soient claires et établissent avec le degré de certitude voulu que les États parties consentent à l'adoption d'une telle norme dans le cadre de leur processus d'arbitrage (A/CN.9/712, par. 84).

ii) Options possibles en vue d'appliquer une norme juridique sur la transparence aux traités futurs

45. Les États pourraient matérialiser leur consentement à l'application d'une norme juridique sur la transparence soit en adoptant une convention relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir par. 23 à 25 ci-dessus), soit à défaut d'une telle convention en insérant dans les traités d'investissement des dispositions sur la transparence inspirées de clauses types (voir par. 13 et 14 ci-dessus) ou en se référant à des règles autonomes sur la transparence (voir par. 16 à 21 ci-dessus).

46. Si la norme juridique sur la transparence prend la forme d'une règle autonome, une solution possible serait que cette norme s'applique uniquement si les États parties au traité d'investissement ont expressément opté pour un arbitrage transparent. Des règles autonomes sur la transparence pourraient être libellées comme suit: "Les règles de transparence s'appliqueront à tout arbitrage engagé conformément à un traité d'investissement ratifié ci-après à condition que les Parties soient expressément convenues de leur application."

47. Une solution différente pourrait être d'établir, dans les règles de transparence, une présomption d'application dans le contexte restreint des arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le libellé de la présomption dépendrait de la manière dont le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI serait complété par des règles de transparence. Il a été proposé à la cinquante-troisième session du Groupe de travail que les règles autonomes sur la transparence incluent un libellé du type "[l]es présentes règles seront incorporées au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour tout arbitrage régi par ce Règlement en application d'un traité d'investissement ratifié ci-après à moins que ce traité ne dispose expressément qu'elles ne s'appliquent pas" (A/CN.9/712, par. 83).

48. Il a été proposé à cette même session d'évaluer l'impact que la solution retenue pour les traités futurs pourrait avoir sur les traités d'investissement déjà conclus (A/CN.9/712, par. 84).

B. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage

49. Une fois que les États parties à un traité d'investissement se sont mis d'accord sur l'applicabilité de la norme juridique, cette dernière serait applicable aux litiges entre l'État d'accueil et un investisseur. Il conviendrait d'examiner si un investisseur pourrait rejeter une offre d'arbitrage transparent, ou ne l'accepter que partiellement, et si les deux parties pourraient décider de ne pas appliquer les règles de transparence.

1. L'investisseur pourrait-il s'écarter d'une norme juridique sur la transparence?

50. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si un investisseur devrait avoir la possibilité de rejeter une offre tendant à soumettre l'arbitrage à la norme juridique sur la transparence prévue dans le traité ou de s'écarter des dispositions de cette norme (A/CN.9/712, par. 30, 95 et 96). À cet égard, il a été souligné qu'à la différence de l'arbitrage commercial, les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités se faisaient sur la base d'un traité entre États parties, ce qui limitait la possibilité des parties à l'arbitrage de s'écarter des prescriptions de ce dernier.

51. Il a été ajouté que le fait de laisser à l'investisseur le dernier mot sur l'application de la norme juridique l'avantagerait indûment, réduirait la transparence et serait contraire au mandat de la Commission, à savoir améliorer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Cependant, il a été dit que pour assurer l'égalité des parties dans ces arbitrages, il pourrait être souhaitable de prévoir qu'un investisseur a le droit de réagir à l'offre de l'État d'accueil de recourir à un arbitrage transparent (A/CN.9/712, par. 96).

52. Il a été proposé à cet égard de rendre certaines dispositions de la norme juridique sur la transparence non susceptibles de dérogation et de préciser, pour chaque disposition, si l'on pouvait y déroger ou non (A/CN.9/712, par. 98). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la norme juridique elle-même ou le traité d'investissement sous-jacent devrait prévoir que tout ou partie des dispositions de la norme sont non susceptibles de dérogation.

2. Les parties au litige pourraient-elles s'écarter d'une norme juridique sur la transparence?

53. Le Groupe de travail a également examiné si les parties au litige devraient être autorisées à s'écarter de la norme juridique sur la transparence. Comme il est indiqué plus haut, le traité sous-jacent, selon la manière dont il prévoit l'application de ladite norme, interdirait ou non une telle dérogation. En cas d'interdiction, l'État d'accueil partie à l'arbitrage ne pourrait pas s'écarter unilatéralement des dispositions du traité.

A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
IV. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence	1-52
A. Questions à examiner	2-42
1. Publicité de l'ouverture des procédures arbitrales	2-7
i) Moment de la publication et documents à publier	2-4
ii) Personnes chargées de la publication et conséquences d'une non-publication	5-7
2. Documents à publier	8-15
i) Liste de documents	8-9
ii) Personnes chargées de la publication	10-12
iii) Aspects pratiques de la publication	13
iv) Exemples	14-15
3. Publication des sentences arbitrales	16-17
4. Conclusions présentées par des tiers (*amici curiae*) dans une procédure arbitrale	18-27
i) Critères de restriction concernant les mémoires d'*amicus curiae*	19
ii) Intervention d'États non contestants	20-21
iii) Décisions relatives aux mémoires d'*amicus curiae*	22
iv) Niveaux d'accès aux documents	23
v) Questions de coûts et de gestion de l'instance	24
vi) Exemples	25-27
5. Audiences	28-31
i) Publicité des audiences	28-30
ii) Transcriptions des audiences	31
6. Limites possibles aux règles sur la transparence	32-40
i) Principes	32-35
ii) Définition des informations confidentielles et sensibles	36-37

iii) Personnes déterminant quelles informations sont confidentielles et sensibles . . . 38
iv) Sanction . . . 39
v) Exemple de procédure . . . 40
7. Lieu de conservation des informations publiées (“registre”) . . . 41-42
B. Propositions . . . 43-52
1. Champ d’application . . . 44
2. Ouverture de la procédure arbitrale . . . 45
3. Publication des documents . . . 46-48
4. Conclusions présentées par des tiers (*amici curiae*) durant une procédure d’arbitrage . . . 49
5. Audiences et transcriptions d’audiences . . . 50
6. Limites possibles aux règles sur la transparence . . . 51
7. Lieu de conservation des informations publiées . . . 52

IV. Contenu possible d’une norme juridique sur la transparence

1. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail est généralement convenu que les questions de fond à examiner concernant le contenu possible d’une norme juridique sur la transparence seraient les suivantes: publicité de l’ouverture des procédures arbitrales; documents à publier (tels que les actes de procédure, les ordonnances de procédure et les pièces justificatives); documents soumis par des tiers (“*amici curiae*”) durant les procédures; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées (“registre”) (A/CN.9/712, par. 31). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le document A/CN.9/WG.II/WP.163 contient des informations sur les aspects pratiques de la transparence qui complètent utilement les questions traitées dans les sections ci-après.

A. Questions à examiner

1. Publicité de l’ouverture des procédures arbitrales

i) Moment de la publication et documents à publier

2. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, plusieurs avis ont été exprimés sur la question de savoir si l’existence d’une procédure arbitrale devrait être rendue publique une fois la procédure engagée ou au moment où le tribunal arbitral était constitué (A/CN.9/712, par. 34). Différents points de vue ont été exprimés concernant les informations qu’il convenait de rendre publiques à ce stade initial de la procédure, en particulier sur la question de savoir si celles-ci devaient se limiter à l’existence du litige, ou s’il fallait publier également la notification

d'arbitrage (A/CN.9/712, par. 33). Il a été suggéré que des informations préliminaires sur les parties impliquées, leur nationalité et le secteur économique concerné pourraient suffire (A/CN.9/712, par. 33).

3. Les règlements d'institutions arbitrales souvent mentionnés dans les traités d'investissement pour ce qui est du règlement de litiges entre l'État d'accueil et un investisseur ne prévoient pas la publication de la notification d'arbitrage. Par exemple, l'article 22 du Règlement administratif et financier du CIRDI dispose que "[l]e Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée". Les règlements d'autres institutions d'arbitrage ne traitent pas la question ou prévoient la confidentialité de la procédure (voir document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 38 à 47 sur le contenu des règlements d'institutions d'arbitrage à cet égard). Les traités d'investissement prévoient parfois la publication de la notification d'arbitrage (et même de l'intention de recourir à l'arbitrage), mais n'en précisent pas nécessairement le moment. Elle peut se faire à un stade où le bien-fondé de la demande a déjà été évalué. On trouvera des exemples de telles dispositions dans le document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 18 et 20.

4. Au cas où le Groupe de travail préfèrerait l'option où la notification d'arbitrage est publiée une fois qu'elle a été reçue par une partie, il voudra peut-être examiner la question de savoir comment protéger les informations confidentielles et sensibles pouvant figurer dans la notification à ce stade initial de la procédure où un tribunal arbitral n'a pas encore été constitué (voir par. 41 et 42 ci-après). De même, cela vaudrait la peine d'examiner la question des demandes abusives et les moyens d'en limiter la publication.

ii) Personnes chargées de la publication et conséquences d'une non-publication

5. Quant à savoir qui serait chargé de prendre l'initiative de rendre publique l'ouverture d'une procédure arbitrale, on peut imaginer qu'il devrait s'agir de l'État d'accueil, de l'investisseur ou d'un registre. Les parties pourraient publier conjointement les informations, dès lors qu'elles y consentent (A/CN.9/712, par. 35).

6. Le choix de la personne chargée de publier les informations varierait selon que la norme juridique sur la transparence prévoit ou non la création d'un lieu de conservation des informations publiées. Si un lieu de conservation est créé, les informations seront publiées par ses soins et il faudra aussi déterminer comment elles lui seront transmises. Si ce n'est pas le cas, on pourrait envisager que la publication soit assurée par les parties, conjointement ou séparément (voir par. 41 et 42 ci-après).

7. Les questions soulevées par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session, quant à savoir si la publication d'informations à ce stade devrait être obligatoire et, dans l'affirmative, si le non-respect devrait être passible de sanctions, méritent également un examen plus approfondi (A/CN.9/712, par. 36).

2. Documents à publier

i) Liste de documents

8. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis ont été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels (A/CN.9/712, par. 40). L'avis a été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou produits par celui-ci devraient être mis à la disposition du public (A/CN.9/712, par. 41). Selon un avis contraire, il ne serait pas nécessaire de publier tous les documents, compte tenu en particulier de la nécessité de trouver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt public et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace (A/CN.9/712, par. 42).

9. Les dispositions des traités d'investissement portant sur l'accès du public aux documents de procédure et traitant de cette question comprennent généralement une déclaration générale sur la publicité de tous les documents de procédure ou une liste des documents censés être accessibles au public. Dans le deuxième cas, on trouve sur ces listes les documents suivants: demande d'arbitrage, notification d'arbitrage, observations soumises au tribunal par une partie au litige et toute communication écrite soumise par des tiers ou des *amici curiae*, procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles, et enfin les ordonnances, sentences et décisions du tribunal.

ii) Personnes chargées de la publication

10. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il revenait aux parties ou au tribunal arbitral de décider de la publication des documents. On s'est aussi demandé si l'accord des parties devrait être une condition préalable à la publication (A/CN.9/712, par. 43). Selon certains avis, le tribunal arbitral devrait décider de la publication des documents au cas par cas (A/CN.9/712, par. 44).

11. Les traités d'investissement disposent que la responsabilité de rendre ces informations accessibles au public incombe dans certains cas au tribunal arbitral et dans d'autres cas aux parties[1]. Lorsque les parties sont autorisées à rendre publiques les informations, certains traités prévoient que chacune peut en publier la totalité et d'autres disposent qu'une partie ne peut publier que ses propres déclarations ou communications. En général, les accords ne fournissent aucune indication sur la manière dont l'information doit être transmise au public.

12. Pour ce qui est du moment de la publication, certains traités d'investissement prévoient que les informations doivent être rendues accessibles "immédiatement" ou "en temps utile", d'autres étant muets sur la question.

---

[1] Voir les paragraphes 3 à 8 de l'article 38 de l'Accord type de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) (Canada, 2004). Voir aussi, par exemple, l'accord entre les États-Unis du Mexique et le Gouvernement de la République d'Islande concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 24 juin 2005, qui dispose ce qui suit: "Article 17 – Sentences et exécution (...) 4. La sentence finale ne sera publiée qu'avec l'accord écrit des deux parties au litige."; disponible au 30 novembre 2010, en anglais, à l'adresse http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/Mexico_Iceland.PDF.

iii) Aspects pratiques de la publication

13. Des questions relatives aux aspects pratiques de la publication des documents, telles que la langue de publication (A/CN.9/712, par. 45) et la répartition des frais de publication entre les parties, soulevées à la cinquante-troisième session du Groupe de travail, mériteraient d'être examinées plus avant.

iv) Exemples

14. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, une ordonnance rendue en l'affaire *Chemtura Corporation* c. *Gouvernement du Canada*[2] a été citée comme exemple de texte contenant des dispositions relatives à la publication de documents (A/CN.9/712, par. 41). Elle se lit comme suit:

> "*Deuxième partie – Conduite de la procédure et divulgation des documents [...] 11. Sous réserve des dispositions du paragraphe 13, l'une ou l'autre partie au différend peut divulguer, à condition de notifier son intention à l'autre partie au différend 20 jours à l'avance, les documents suivants: tout acte de procédure ou document, ainsi que leurs appendices et les pièces jointes, la correspondance reçue ou envoyée par le Tribunal, les transcriptions et toutes les décisions, notamment les ordonnances de procédure, les décisions et les sentences préliminaires et finales. 12. Une partie au différend dispose de 20 jours à compter de la date à laquelle l'autre partie lui a notifié son intention de divulguer les documents visés au paragraphe 11 pour s'opposer à cette divulgation au motif qu'ils contiennent des informations confidentielles. Ces documents ne peuvent être divulgués que si les deux parties au différend ont confirmé qu'elles ne s'y opposaient pas ou sont convenues d'y supprimer les informations confidentielles. 13. Sauf disposition contraire de la présente ordonnance, aucune des parties au différend ne divulgue de documents désignés comme confidentiels par l'autre partie au différend [...]*."

15. On trouvera des exemples de dispositions relatives à la publication des documents dans le document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 13 à 22.

3. Publication des sentences arbitrales

16. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, de nombreuses délégations ont appuyé la création d'une disposition générale selon laquelle les sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités devraient être publiées (A/CN.9/712, par. 62). Cette question peut être examinée à la lumière des exemples présentés ci-dessus aux paragraphes 14 et 15 ("publication des documents").

17. Si le Groupe de travail estimait que les sentences devraient être traitées différemment des autres documents et publiées sauf convention contraire de l'ensemble des parties à l'arbitrage, il serait toujours possible de prévoir la publication d'extraits de sentences contenant le raisonnement juridique pertinent (A/CN.9/712, par. 63)[3]. Une disposition en ce sens pourrait se lire comme suit: "*Les sentences sont publiées sauf convention contraire de l'ensemble des parties. Si*

---

[2] *Chemtura Corporation* c. *Gouvernement du Canada*, ordonnance de confidentialité, 21 janvier 2008.

[3] Voir article 48-4 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

celles-ci ne s'entendent pas sur la publication d'une sentence, le tribunal arbitral publie rapidement des extraits du raisonnement juridique suivi par le tribunal."

4. Conclusions présentées par des tiers (*amici curiae*) dans une procédure arbitrale

18. De nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la soumission de conclusions par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*. Il a été dit que les mémoires d'*amicus curiae* pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et renforçaient la légitimité du processus arbitral (A/CN.9/712, par. 46).

*i) Critères de restriction concernant les mémoires d'*amicus curiae

19. Il a été largement estimé que certains critères de restriction devraient être définis en ce qui concerne les mémoires d'*amicus curiae*, notamment le sujet de ces mémoires, les compétences de l'*amicus curiae*, la pertinence des mémoires pour la procédure, le nombre de pages approprié et le moment où les mémoires pourraient être soumis (A/CN.9/712, par. 47).

ii) Intervention d'États non contestants

20. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il souhaite examiner plus avant la question de la participation d'États parties au traité d'investissement mais non parties à l'arbitrage, en attendant que la Commission décide si cette question devrait ou non être incluse dans le champ de ses travaux actuels (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 3). À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été observé qu'un État partie au traité d'investissement en cause mais non partie au différend pouvait aussi souhaiter soumettre des conclusions ou être invité à le faire. Il a été souligné qu'un tel État pouvait souvent fournir des informations importantes, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49).

21. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient d'élaborer des dispositions spécifiques pour déterminer dans quelles limites un État non contestant pourrait intervenir dans la procédure. Cette intervention pourrait par exemple se limiter aux questions d'interprétation du traité d'investissement ou à des conclusions sur des points de droit. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la question de savoir si le tribunal arbitral peut d'office inviter l'État non contestant à soumettre des conclusions et comment veiller à ce qu'en le faisant il ne perturbe pas la procédure ni ne porte indûment préjudice à l'une ou l'autre partie.

*iii) Décisions relatives aux mémoires d'*amicus curiae

22. Le Groupe de travail a laissé ouverte la question de savoir si le tribunal arbitral aurait toute latitude pour autoriser les mémoires d'*amicus curiae* ou s'il devrait consulter les parties, conformément au caractère consensuel des procédures arbitrales (A/CN.9/712, par. 48).

iv) Niveaux d'accès aux documents

23. Dans le cadre général de la présentation de mémoires d'*amicus curiae*, on a souligné l'importance de l'accès aux documents, étant donné que la qualité des conclusions des *amici curiae* dépendrait du niveau d'accès aux documents qui leur

serait accordé (A/CN.9/712, par. 51). Eu égard à leur rôle, il faudrait examiner plus avant la question de savoir s'il convient de leur accorder un niveau d'accès différent de celui du public.

v) Questions de coûts et de gestion de l'instance

24. En examinant ce point, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du coût que des mémoires d'*amicus curiae* pourraient entraîner pour les parties et de la nécessité de trouver un juste équilibre entre le souci de transparence et le bon déroulement de la procédure.

vi) Exemples

25. À l'exception du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les règlements des institutions arbitrales ne comportent généralement pas de dispositions régissant expressément la participation d'une partie non contestante, laissant aux parties à l'arbitrage le soin de s'accorder sur ce point ou le tribunal arbitral libre d'en décider (voir A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 29 à 47). L'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI régit comme suit le dépôt d'une soumission par une partie non contestante:

> "*Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la 'partie non contestante') de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure: a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend; b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend; c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.*"

26. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et les notes interprétatives établies par la Commission du libre-échange contiennent des éléments sur la question de la participation de tierces parties. La "Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie", du 7 octobre 2004, dispose ce qui suit:

> "*[...] B. Procédures*
>
> *1. Toute tierce partie qui est une personne d'une Partie, ou qui a une importante présence sur le territoire d'une Partie, et qui souhaite présenter un mémoire écrit au tribunal ('requérant') demandera au préalable au tribunal l'autorisation de le faire. Le requérant joindra le mémoire à la demande.*
>
> *2. La demande d'autorisation de présenter un mémoire écrit soumise par une tierce partie devra: a) être présentée sous forme écrite, datée et signée par*

la personne qui la soumet, et comprendre l'adresse du requérant et d'autres renseignements permettant de le joindre; b) compter au plus 5 pages dactylographiées; c) contenir une description du requérant, y compris, s'il y a lieu, une description de ses membres et de son statut juridique (par exemple, entreprise ou association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le requérant); d) contenir une déclaration indiquant si le requérant a des liens, directs ou indirects, avec toute partie contestante; e) divulguer l'identité de tout gouvernement, de toute personne ou de toute organisation qui a apporté une aide financière ou autre dans la préparation du mémoire; f) préciser la nature de l'intérêt que le requérant porte à la procédure; g) indiquer les questions de fait ou de droit précises visées par la procédure que le requérant a abordées dans son mémoire écrit; h) expliquer, par rapport aux facteurs énoncés au paragraphe 6, les raisons pour lesquelles le tribunal devrait accepter le mémoire; i) être rédigée dans une des langues de l'arbitrage.

3. Le mémoire présenté par une tierce partie devra: a) être daté et signé par la personne le présentant; b) être concis et compter au plus 20 pages dactylographiées, y compris toute annexe; c) renfermer un énoncé précis exposant la position du requérant sur les questions; d) traiter uniquement des questions liées à l'objet du différend.

4. La demande d'autorisation de présenter un mémoire soumise par une tierce partie ainsi que le mémoire seront remis à toutes les parties contestantes et au tribunal.

5. Le tribunal fixera une date appropriée jusqu'à laquelle les parties contestantes pourront formuler des observations sur la demande d'autorisation de présenter un mémoire écrit soumise par une tierce partie.

6. Pour déterminer s'il autorise une tierce partie à présenter un mémoire, le tribunal évaluera, entre autres, dans quelle mesure: a) le mémoire de la tierce partie aidera le tribunal à se prononcer sur des questions de fait ou de droit rattachées à l'arbitrage en offrant une perspective, des connaissances ou des idées particulières qui sont différentes de celles des parties contestantes; b) le mémoire de la tierce partie aborde des questions liées à l'objet du différend; c) l'arbitrage présente un grand intérêt pour la tierce partie; d) la question soumise à l'arbitrage est d'intérêt public.

7. Le tribunal veillera à ce que: a) aucun mémoire présenté par une tierce partie ne vienne perturber la procédure; b) aucun mémoire présenté par une tierce partie n'impose inutilement un fardeau ou ne cause injustement un préjudice à l'une ou l'autre des parties contestantes.

8. Le tribunal décidera s'il convient d'autoriser une tierce partie à présenter un mémoire. S'il autorise la présentation d'un mémoire par une tierce partie, le tribunal fixera une date appropriée jusqu'à laquelle les parties contestantes pourront répondre par écrit au mémoire présenté par une tierce partie. À cette date, une tierce Partie de l'ALENA pourra, conformément à l'article 1128, aborder toute question d'interprétation de l'Accord traitée dans le mémoire écrit.

9. L'autorisation de présenter un mémoire accordée à une tierce partie n'oblige pas le tribunal à traiter du mémoire à un point quelconque de la procédure. Cette autorisation ne confère pas non plus le droit à la tierce partie de présenter d'autres mémoires dans le cadre de la procédure. [...]"

27. Le projet d'accord type norvégien sur les investissements contient des dispositions spécifiques sur l'intervention de tiers. Le paragraphe 3 de l'article 18 prévoit ce qui suit: "Le Tribunal a le pouvoir d'accepter et d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* soumis par une personne ou entité non partie au litige s'il a établi que ces mémoires touchent directement les questions de fait ou de droit à l'examen. Il veille à ce que les parties au litige, ainsi que l'autre partie, puissent soumettre des commentaires sur les observations écrites d'*amicus curiae*." En outre, le paragraphe 4 de l'article 18 dispose que "[...] le Tribunal rend compte, dans son rapport, des conclusions de l'autre partie et des *amici curiae*."

5. Audiences

i) Publicité des audiences

28. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les audiences devraient être ouvertes au public (A/CN.9/712, par. 52). Ce point a recueilli des appuis et suscité des réserves. Il a été suggéré que toute disposition sur la publicité des audiences contenue dans une norme sur la transparence devrait disposer que les audiences se tiennent en public sauf convention contraire des parties (A/CN.9/712, par. 53 à 55). En revanche, des réserves à caractère général ont été formulées à l'égard de la publicité des audiences, concept considéré comme contraire à la nature même de l'arbitrage, qui, a-t-on dit, était confidentiel et ne permettait pas l'accès de tiers aux audiences. Il a été dit que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités soulèverait souvent des questions à caractère politique et que la publicité des audiences soumettrait probablement l'État participant à une pression accrue. La participation du grand public risquait donc de ne pas faciliter le règlement du différend mais de le compromettre (A/CN.9/712, par. 57).

29. Les dispositions relatives au règlement des litiges contenues dans les traités d'investissement favorisant la transparence prévoient que les audiences sont ouvertes au public, sous réserve de la protection des informations confidentielles. Les audiences peuvent être retransmises en ligne ou par d'autres moyens ne nécessitant pas nécessairement que le public soit physiquement présent dans la salle d'audience. Les dispositions logistiques sont généralement laissées à la décision du tribunal arbitral, en consultation avec les parties au litige. On trouvera des exemples de telles dispositions aux paragraphes 23 à 28 du document A/CN.9/WG.II/WP.160.

30. L'article 32-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI régit comme suit la présence de tiers aux audiences: "*Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées.*"

ii) Transcriptions des audiences

31. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été généralement convenu que la décision concernant les transcriptions des audiences dépendrait de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences (A/CN.9/712, par. 58). Le Groupe de travail a été informé qu'en ce qui concerne les arbitrages régis par le Règlement du CIRDI, la décision de tenir des audiences publiques était laissée au tribunal arbitral à moins que l'une ou l'autre des parties ne s'y oppose. En revanche, le consentement des parties était nécessaire pour rendre les transcriptions accessibles au public. Il a été dit en outre que la publication des transcriptions était une question généralement laissée à l'État défendeur, au moins dans les affaires régies par l'ALENA, et que le CIRDI n'avait à ce jour publié aucune transcription sur son site Web (A/CN.9/712, par. 59).

6. Limites possibles aux règles sur la transparence

i) Principes

32. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné les limites possibles à la transparence. Plusieurs catégories d'exceptions ou limites possibles à la transparence ont été mentionnées: protection des informations confidentielles et sensibles, protection de l'intégrité du processus arbitral et nécessité de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable (A/CN.9/712, par. 67 à 72).

– Protection des informations confidentielles et sensibles

33. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, la nécessité de protéger les informations confidentielles et sensibles a été largement reconnue, tout comme celle de protéger la procédure de toute pression extérieure sur les parties ou le tribunal arbitral (voir, ci-dessous, par. 36 à 40). Étant donné que la transparence et la confidentialité peuvent toutes deux être considérées comme des intérêts légitimes, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de trouver un juste équilibre entre les deux. D'une manière générale, il a été dit que les exceptions à la transparence destinées à protéger des informations confidentielles et sensibles ne devraient pas être importantes au point d'affaiblir les règles principales sur la transparence; ces exceptions devraient en outre être assorties de précisions et d'orientations afin d'éviter tout différend entre les parties sur ce point (A/CN.9/712, par. 70).

– Protection de l'intégrité du processus arbitral

34. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été généralement reconnu qu'il importait de tenir compte de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral dans le cadre du débat sur la transparence. En outre, la protection de l'intégrité de la procédure arbitrale peut être considérée comme un moyen de contribuer à la dépolitisation des différends relatifs aux investissements.

– Bonne gestion de la procédure arbitrale

35. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été dit que la question générale de la gestion de l'instance était importante et devrait être examinée plus avant (A/CN.9/712, par. 72). Les règles sur la transparence ne devraient pas engendrer de retards, de coûts supplémentaires ni de charge injustifiée

dans la procédure arbitrale et un juste équilibre devrait être trouvé entre l'intérêt du public et la bonne gestion de la procédure arbitrale.

ii) Définition des informations confidentielles et sensibles

36. Les clauses des accords d'investissement relatives au règlement des litiges et traitant de l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences prévoient généralement que les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont accessibles au public, sauf convention contraire des parties au litige, sous réserve de la suppression des informations confidentielles et sensibles. On désigne habituellement par ce terme les informations qui ne sont généralement pas connues du public ou auxquelles il n'a généralement pas accès, et dont la divulgation causerait ou risquerait de causer un préjudice à un intérêt essentiel d'un particulier ou d'une entité, ou aux intérêts d'une partie, ou constituerait une atteinte à la vie privée (voir A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 13 à 22). À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé que toute disposition sur la question devrait être rédigée de manière générique, ce qui éviterait de devoir envisager toutes les circonstances possibles et laisserait au contraire un grand pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral (A/CN.9/712, par.69).

37. Il a été dit qu'un autre modèle contenait des indications utiles pour les arbitrages entre investisseurs et États: les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), dont les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 sur la recevabilité et la valeur probante des preuves contenaient des dispositions sur la confidentialité (A/CN.9/712, par. 68). Ces dispositions se lisent comme suit: "*3. Lorsque le Tribunal arbitral apprécie les questions de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique au sens de l'Article 9.2 b) ci-dessus, et dans la mesure où cela est compatible avec toutes règles impératives ou d'éthique qu'il estime applicables, il peut prendre en compte: a) toute nécessité de protéger la confidentialité d'un Document ayant été créé, ou d'une déclaration ou communication orale ayant été faite, dans le but de fournir ou d'obtenir un conseil ou un avis juridique; b) toute nécessité de protéger la confidentialité d'un Document ayant été créé, ou d'une déclaration ou communication orale ayant été faite, dans le contexte de négociations en vue de parvenir à un règlement amiable; c) les attentes des Parties et de leurs conseils au moment où la cause de confidentialité ou de secret professionnel est apparue; d) toute renonciation possible à la confidentialité ou au secret professionnel, que ce soit par consentement, divulgation antérieure, utilisation effective du Document ou de la déclaration, communication orale ou avis y figurant, ou autrement; et e) la nécessité de maintenir l'égalité entre les Parties et le caractère équitable de la procédure, en particulier lorsque les Parties sont soumises à des règles d'éthique différentes ou relèvent de systèmes juridiques différents. 4. Le Tribunal arbitral peut, s'il l'estime approprié, prendre les mesures nécessaires afin d'assurer une protection adéquate de la confidentialité des preuves devant être produites ou prises en compte.*"

iii) Personnes déterminant quelles informations sont confidentielles et sensibles

38. La tâche de déterminer quelles informations sont confidentielles et sensibles pourrait être confiée au tribunal arbitral ou aux parties (A/CN.9/712, par. 69). Les dispositions des traités d'investissement semblent indiquer que d'habitude les

parties sont chargées d'identifier les informations confidentielles et sensibles et que, si une décision doit être prise à ce propos, le tribunal arbitral a le pouvoir de la prendre.

iv) Sanction

39. La question des conditions d'application des limites et exceptions aux règles sur la transparence et celle de savoir si une sanction devrait être prévue au cas où une partie ne respecterait pas ses obligations de confidentialité devraient être examinées plus avant. Une sanction possible mentionnée à la cinquante-troisième session du Groupe de travail concernait les coûts (A/CN.9/712, para. 71). Le paragraphe 7 de l'article 9 des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010) a été cité comme un exemple de disposition prévoyant une telle sanction. Il dispose ce qui suit: "*Si le Tribunal arbitral estime qu'une Partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, il peut, sans préjudice de toute autre mesure permise par les présentes Règles, tenir compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage, y compris pour ce qui concerne les coûts engagés relativement à l'administration de la preuve.*"

v) Exemple de procédure

40. L'article 29.4 du Traité type des États-Unis d'Amérique sur la promotion et la protection réciproque de l'investissement dispose ce qui suit:

> "*Toute information confidentielle qui est soumise au tribunal doit être protégée selon les procédures suivantes:*
>
> *a) Conformément au sous-alinéa d), aucune des parties au différend ni le tribunal ne peuvent divulguer à une tierce partie ou au public une information confidentielle fournie par une partie au différend qui a clairement désigné comme telle cette information conformément au sous-alinéa b);*
>
> *b) La partie au différend qui estime qu'une information donnée est confidentielle la présentera clairement comme telle lorsqu'elle la communiquera au tribunal;*
>
> *c) La partie au différend qui présente un document contenant une information qu'elle estime confidentielle doit également présenter un document dans lequel cette information confidentielle a été supprimée. Seule cette version sera remise aux tierces parties et diffusée conformément au paragraphe 1; et*
>
> *d) Le tribunal peut s'opposer à ce qu'une information présentée comme confidentielle soit considérée comme telle. S'il détermine que l'information n'a pas été correctement qualifiée, la partie au différend qui l'a présentée peut i) retirer tout ou partie de la communication contenant cette information ou ii) accepter de représenter l'intégralité des documents corrigés en conformité avec la qualification établie par le tribunal et avec le sous-alinéa c). Dans chaque cas, l'autre partie au différend pourra au besoin présenter des documents entièrement nouveaux dans lesquels l'information confidentielle a été supprimée, que ce soit après retrait de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en i) ci-dessus, ou après attribution*

d'une nouvelle qualification de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en ii) ci-dessus."

7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre")

41. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été proposé que les informations soient rendues publiques par les parties – l'État d'accueil ou l'investisseur – ou dans un registre neutre (A/CN.9/712, par. 37 et 73 à 75). Les travaux en cours sur la transparence visent à assurer que les informations concernant des affaires d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités sont portées à la connaissance du public intéressé. Une manière souple pourrait être de laisser à l'État d'accueil le soin de publier ces informations. Si une institution d'arbitrage intervient dans la gestion de l'affaire, elle pourrait aussi se charger de la publication.

42. Si le Groupe de travail décide qu'il convient de créer un registre neutre, il voudra peut-être définir son rôle et indiquer s'il prendrait part aux décisions concernant les limites à la transparence. Dans ce cas, il faudrait préciser plusieurs points, notamment ce qui constitue un arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités aux fins de l'applicabilité des dispositions sur la publication de documents par un registre neutre, le rôle exact que jouerait un tel registre et s'il serait créé au sein du Bureau des affaires juridiques de l'ONU ou dans une institution d'arbitrage existante, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et le CIRDI s'étant déclarés disposés à assurer ce service.

B. Propositions

43. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que si la norme juridique sur la transparence est adoptée sous la forme de lignes directrices (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 15), elle pourra comporter des explications plus détaillées et aussi proposer des variantes aux parties et aux tribunaux arbitraux. Si elle prend la forme de clauses types ou de règles autonomes (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 13, 14 et 16 à 21) s'imposant aux parties dès qu'elles s'appliquent, les règles doivent être claires quant aux droits et obligations qu'elles créent.

1. Champ d'application

44. La norme juridique sur la transparence devra peut-être comporter une première partie concernant son champ d'application. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer comment fixer les critères d'application de la norme juridique sur la transparence, si celle-ci devrait s'appliquer uniquement à l'arbitrage relevant de traités d'investissement ou également aux différends relevant de contrats entre États et investisseurs, et s'il convient de préciser le terme "traité d'investissement". Il voudra peut-être noter les difficultés et le manque de souplesse que pourrait entraîner une telle délimitation du champ d'application. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si cette question devrait également comporter une disposition sur l'interaction entre la norme juridique sur la transparence et les règles d'arbitrage applicables (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 46 et 47).

2. Ouverture de la procédure arbitrable[4]

45. Proposition: "*Les informations concernant le nom des parties, leurs nationalités et le secteur économique en cause sont rendues publiques une fois [la notification d'arbitrage reçue par le défendeur] [formé le tribunal arbitral]*."

3. Publication des documents[5]

46. Option 1, variante 1: "*Tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public [sauf convention contraire de l'ensemble des parties], sous réserve de la section 6 ci-après.*" Variante 2: "*Les documents suivants sont mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; les conclusions présentées au tribunal par une partie au litige et toute conclusion écrite d'une partie non contestante ou d'un* amicus curiae*; les procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, le cas échéant; et les ordonnances, sentences et décisions du tribunal [sauf convention contraire de l'ensemble des parties], sous réserve de la section 6 ci-après.*"

47. Option 2: "*Le tribunal arbitral décide en consultation avec les parties quels documents doivent être mis à la disposition du public*."

48. Proposition concernant la question pratique de la langue de publication des documents: "*Les documents sont publiés dans la ou les langues dans lesquelles ils ont été mis à la disposition du tribunal arbitral.*"

4. Conclusions présentées par des tiers (*amici curiae*) durant une procédure d'arbitrage

49. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser quel degré de précision il souhaite accorder à cette question dans une norme juridique sur la transparence, sur la base des exemples fournis ci-dessus aux paragraphes 25 à 27.

5. Audiences et transcriptions d'audiences

50. Proposition: "*En cas de procédure orale, le tribunal tient des audiences publiques [sauf objection de l'une ou l'autre des parties] et arrête en consultation avec les parties les dispositions logistiques appropriées. Les transcriptions des audiences sont mises à la disposition du public, sous réserve de la section 6 ci-après*".

6. Limites possibles aux règles sur la transparence

51. Une section traitant spécifiquement des limites à la publication des documents et à la publicité des audiences pourrait être prévue dans une norme juridique sur la transparence. Ces limites pourraient être traitées de manière générique ou détaillée

---

[4] La proposition concerne l'option où seules des informations préliminaires (et non la notification d'arbitrage) sont divulguées au début de la procédure, soit avant soit après la constitution du tribunal arbitral. La publication de la notification d'arbitrage est examinée à la section sur la publication des documents (voir par. 46 à 48).

[5] Les propositions suivantes visent à refléter les diverses suggestions du Groupe de travail concernant la publication des documents (voir par. 8 à 16), notamment la question de la publication de la notification d'arbitrage et de la sentence arbitrale.

et le Groupe de travail voudra peut-être déterminer quel modèle serait le plus approprié (voir ci-dessus, par. 14 et 32 à 40).

7. Lieu de conservation des informations publiées

52. Proposition: *[Les informations] [Les documents] mentionnés aux sections 2 et 3 sont mis à disposition par [à préciser] par l'intermédiaire de [à préciser].*

F. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires des Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.163)

[Original: anglais]

Dans la perspective de la cinquante-quatrième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), au cours de laquelle le Groupe de travail devrait s'employer à élaborer des règles de droit uniforme sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, le Secrétariat a envoyé des questions aux États parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en vue de recueillir des informations sur les aspects pratiques de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités. En réponse, les Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique ont présenté, le 30 novembre 2010, des commentaires sur les aspects pratiques de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Le texte des commentaires est reproduit en annexe à la présente note dans la forme sous laquelle il a été reçu par le Secrétariat.

Annexe

1. Commentaires du Gouvernement canadien

Le Gouvernement canadien apporte ci-dessous une réponse à la demande formulée par le secrétariat en vue d'obtenir des informations sur l'expérience acquise à l'échelle nationale en matière de transparence dans le contexte de l'ALENA[1].

I. Expérience du Canada concernant la publication d'informations sur l'ouverture des procédures arbitrales en vertu de l'ALENA

Le Gouvernement canadien annonce publiquement l'ouverture des procédures arbitrales introduites contre lui en publiant sur le site Web du Ministère des affaires

[1] Par souci de clarté, le Canada fait observer que si, en vertu de l'article 1137 et de l'annexe 1137.4 de l'ALENA, le Canada peut publier les sentences arbitrales sans le consentement de l'investisseur, les autres pratiques qui ont abouti à une meilleure transparence dans les arbitrages de l'ALENA ne sont pas prévues dans le texte de l'Accord proprement dit et sont davantage le résultat de mesures mises en œuvre après l'adoption de ce dernier. Il s'agit notamment des Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (2001) relatives à l'accès aux documents, de déclarations des Parties à l'ALENA sur les audiences publiques dans le cadre des arbitrages menés au titre du chapitre 11 (2003); et de la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie (2003).

étrangères et du commerce international dès que possible et, en tout état de cause, avant la nomination du tribunal arbitral, les documents introductifs présentés par les demandeurs potentiels. En fait, le Canada annonce publiquement les arbitrages éventuels avant même qu'une plainte ne soit officiellement déposée. En particulier, il a pour habitude de publier, dès réception d'une demande d'un investisseur présumé, une notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage ("notification d'intention")[2]. Avant de publier la notification d'intention, et ultérieurement l'avis d'arbitrage, le Canada adresse une lettre à l'investisseur présumé dans laquelle il expose ses obligations en vertu de la Loi nationale sur l'accès à l'information, de même que sa position conformément aux Notes interprétatives de la Commission du libre-échange (CLE) de l'ALENA sur l'accès aux documents. Dans cette même lettre, le Canada fait part de son intention de rendre publique la notification d'intention ou l'avis d'arbitrage, selon le cas, et demande donc que l'investisseur présumé lui fournisse une version du document expurgée de toute information confidentielle. Compte tenu du fait que le Canada publie ces documents lui-même, nous n'avons pas connaissance d'une quelconque impossibilité de rendre publique l'ouverture d'une procédure d'arbitrage.

Il ressort de notre expérience que les préoccupations liées au fait que la publication de ces documents introductifs pourrait avoir des conséquences préjudiciables lorsqu'il n'est pas donné suite à une plainte, ou que celle-ci est dénuée de fondement, ne sont pas justifiées. Nous avons rendu publiques les 28 notifications d'intention présentées contre le Canada. À ce jour, des procédures arbitrales contre le Canada n'ont été engagées qu'au titre de 15 de ces plaintes potentielles. En outre, sur ces 15 procédures, 10 seulement sont à l'heure actuelle parvenues au stade de la nomination effective d'un tribunal arbitral. Nous n'avons relevé aucun effet préjudiciable consécutif à la publication préliminaire de documents introductifs, ni dans les 13 cas qui ne sont pas parvenus au stade de l'arbitrage, ni dans les 5 cas qui, bien que soumis, n'ont jamais atteint le stade de la nomination d'un tribunal.

II. Expérience du Canada concernant l'accès du public aux documents relatifs aux arbitrages menés au titre de l'ALENA

Conformément aux versions de 1976 et de 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il n'existe aucune règle régissant les documents qui peuvent ou non être rendus publics. Dans le cadre des premières procédures d'arbitrage engagées en vertu de l'ALENA contre le Canada, l'accès aux documents se limitait en général aux pièces de procédure essentielles (notifications d'intention, avis d'arbitrage, mémoire en demande et mémoire en défense) et aux décisions du tribunal. Cependant, en 2001, pour faire en sorte que les tribunaux agissent dans le plus grand souci de transparence, la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié des notes d'interprétation, contraignantes aux termes de l'ALENA, selon lesquelles

---

[2] Dans le contexte de l'ALENA, le dépôt d'une notification d'intention n'a pas pour effet d'ouvrir officiellement la procédure d'arbitrage. En fait, un tel dépôt est simplement une condition préalable au consentement des parties à l'arbitrage. Un investisseur peut soumettre une plainte à l'arbitrage (par exemple en déposant une notification d'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) uniquement à l'issue d'un délai de 90 jours après le dépôt de la notification d'intention.

les Parties à l'ALENA convenaient "de rendre publics en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier"[3].

Suite à la publication de ces notes d'interprétation, les tribunaux chargés d'engager des procédures arbitrales contre le Canada en vertu de l'ALENA ont permis l'accès à tous les documents qui leur étaient soumis ou qu'eux-mêmes produisaient[4]. Compte tenu de l'expérience acquise, le Canada note que l'expression "tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier" définit une règle qu'il est facile de suivre: si un document est soumis au tribunal ou produit par lui, il est public, mais s'il met uniquement en jeu les parties, il ne l'est pas. En conséquence, les mémoires écrits formels et informels, les pièces justificatives, les déclarations des témoins/déclarations sous serment, les rapports d'experts, la correspondance émanant du tribunal et reçue par lui, de même que toutes les décisions, ordonnances et sentences prononcées par le tribunal sont rendus publics par le Canada sous forme expurgée. Les seuls documents non accessibles au public en vertu de cette approche sont uniquement la correspondance entre les parties, ainsi que les documents échangés entre les parties lors de la divulgation de la documentation, qui ne sont jamais intégrés dans le dossier contenant les éléments de preuve par l'une ou l'autre partie.

Par principe, le Gouvernement canadien s'acquitte de l'obligation de rendre ces documents accessibles au public et, jusqu'à ce jour, il a assumé les frais engagés à cette fin. Dans la pratique, le Canada applique une méthode de publication à deux niveaux. Il affiche sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international les principaux documents soumis par le tribunal ou produits par lui, tels que les pièces de procédure écrites (par exemple notification d'intention, avis d'arbitrage, mémoire en demande et mémoire en défense), des communications officielles (par exemple mémoire, contre-mémoire, réplique et duplique), et les décisions, ordonnances et sentences du tribunal. Toutefois, il ne publie pas sur le Web, mais met à la disposition du public sur demande, d'autres documents, tels que motions, rapports d'experts, déclarations des témoins et pièces justificatives. Une telle demande peut être faite soit en vertu de la loi nationale sur l'accès à l'information, soit tout simplement en demandant que le Canada fournisse ces documents conformément à l'ordonnance de confidentialité du tribunal.

Tous les documents mentionnés ci-dessus sont mis à la disposition du public dans la langue dans laquelle ils ont été soumis ou produits. En tant que pays bilingue, le Canada est particulièrement conscient de l'importance de donner dûment accès aux documents aux différents groupes linguistiques. Toutefois, à ce jour, nous n'avons pas reçu de demande de traduction de documents de sorte que nous ne pouvons faire part au secrétariat d'une quelconque expérience en la matière.

---

[3] *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, consultables à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=fr.

[4] Pour deux approches différentes donnant effet aux Notes d'interprétation, comparer *Chemtura Corp.* c. *Canada*, ordonnance de confidentialité en date du 21 janvier 2008, par. 11, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/ trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf, et *V.G. Gallo* c. *Canada*, ordonnance de confidentialité en date du 4 juin 2008, par. 5, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/ trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ ConfidentialityOrder2008-06-04. pdf.

III. Expérience du Canada concernant les mémoires présentés par des tiers dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

S'agissant de la participation d'*amici curiae* dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA, il ressort de l'expérience acquise par le Canada que, pour autant que des limites raisonnables soient respectées, les mémoires présentés par des *amici curiae* peuvent jouer un rôle utile pour le tribunal.

À cet égard, la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié en 2003 une *Déclaration sur la participation d'une tierce partie*[5]. Conformément à cette déclaration, la possibilité d'autoriser ou non un *amicus curiae* intéressé à présenter un mémoire est laissée à la discrétion du tribunal. Les parties contestantes sont habilitées à dire si le tribunal devrait autoriser un *amicus curiae* à présenter un mémoire, mais le tribunal peut, en principe, accepter le mémoire malgré l'opposition des deux parties contestantes. La Déclaration recommande que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal examine un certain nombre de facteurs destinés à l'aider à déterminer si oui ou non le mémoire présenté par un *amicus curiae* lui sera utile, notamment si l'*amicus curiae* a des connaissances ou des idées particulières qui sont différentes de celles des parties contestantes, si l'arbitrage présente un intérêt pour l'*amicus curiae* et si la question soumise à l'arbitrage est d'intérêt public.

Reconnaissant que "tout mémoire écrit présenté par une tierce partie dans le cadre de procédures d'arbitrage engagées aux termes de la section B du chapitre 11 de l'ALENA peut avoir un effet sur le fonctionnement du chapitre", la Déclaration de la Commission du libre-échange propose également des lignes directrices détaillées concernant les mémoires présentés par un *amicus curiae*. Un *amicus curiae* intéressé doit demander l'autorisation de présenter un mémoire; le mémoire doit être soumis par écrit, il doit être joint à la demande d'autorisation, et il doit compter au plus 20 pages dactylographiées. Pour rédiger son mémoire, l'*amicus curiae* a uniquement accès aux documents accessibles au public.

Des mémoires d'*amici curiae* ont été présentés dans le cadre de deux des sept arbitrages menés au titre de l'ALENA contre le Canada qui ont, à ce jour, atteint le stade de l'audience[6]. De plus, des ordonnances de procédure dans d'autres arbitrages ont expressément abordé la question de la participation éventuelle d'*amici curiae*[7]. Dans les deux cas où un mémoire d'*amicus curiae* a été présenté, les parties contestantes ont eu la possibilité d'y répondre; le Canada et le demandeur ont chacun choisi de répondre à certains mémoires d'*amici curiae* mais pas à tous. Nous avons pu constater que les tribunaux n'avaient pas eu besoin de lignes directrices pour traiter les mémoires d'*amici curiae*, outre celles figurant dans la Déclaration de la Commission du libre-échange.

---

[5] *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, 7 octobre 2003, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-fr.pdf.

[6] En particulier, des *amici curiae* ont présenté des mémoires dans le cadre des affaires *UPS* c. *Canada* et *Merrill & Ring forêts LP* c. *Canada*.

[7] *Bilcon* c. *Canada*, ordonnance de procédure n° 1, en date du 9 avril 2009, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrderNo1April9.pdf.

Enfin, nous avons noté que les États-Unis et le Mexique avaient le droit de présenter des mémoires sur des questions concernant l'interprétation de l'ALENA en vertu de l'article 1128 du chapitre 11. À notre avis, ces mémoires sont d'un type différent de ceux présentés par des *amici curiae*.

IV. Expérience canadienne concernant les audiences publiques dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

Trois des sept audiences tenues dans le cadre d'une procédure d'arbitrage engagée contre le Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont, jusqu'à présent, été ouvertes au public[8]. En outre, dans un autre cas d'arbitrage où l'audience n'a pas encore eu lieu, les parties ont convenu que celle-ci serait publique[9]. Dans deux autres cas, le Canada a demandé des audiences publiques, mais compte tenu de l'objection formulée par les demandeurs conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les audiences se sont tenues à huis clos[10]. L'ouverture des audiences au public n'a pas soulevé d'obstacles majeurs sur le plan logistique ou opérationnel et, de l'avis du Canada, n'a eu aucune incidence préjudiciable sur les débats.

Les trois audiences publiques ont eu lieu dans le cadre d'arbitrages administrés par le CIRDI et, par conséquent, elles se sont tenues à la Banque mondiale, à Washington. L'accès du public a été assuré grâce à une retransmission par télévision en circuit fermé du CIRDI. Les membres du public ont été autorisés à suivre les débats dans une salle distincte. Lors de l'examen d'informations confidentielles, la diffusion audio et vidéo a tout simplement été interrompue dans cette salle. Dans un cas au moins, les membres du public qui prévoyaient d'assister à l'audience ont été tenus préalablement de donner leur nom et de communiquer des informations sur leur affiliation éventuelle à un organisme particulier. Ces mesures peuvent être appliquées pour faire en sorte que les personnes qui ont été exclues de l'audience (à savoir les témoins devant encore déposer) ne puissent suivre les débats, ce qui irait à l'encontre des dispositions adoptées. Les médias ont assisté à ces audiences publiques, mais dans tous les cas à ce jour, toute forme d'enregistrement des débats a été interdite.

En ce qui concerne ces trois audiences publiques, le Canada a affiché deux des procès-verbaux sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international[11], et se propose d'afficher le procès-verbal de l'audience la plus récente dès qu'il sera disponible sous forme expurgée.

---

8 En particulier, *UPS* c. *Canada*, *Merrill & Ring* c. *Canada*, et *Mobil Investments Inc. and Murphy Oil Corporation* c. *Canada*.

9 *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc.* c. *Canada*, ordonnance de confidentialité en date du 4 mai 2009, par. 26, consultable à l'adresse: //www.international.gc.ca/trade -agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrderNo2-May42009.pdf.

10 *Chemtura* c. *Canada*, ordonnance de confidentialité, par. 10, en date du 21 janvier 2008, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf; *V.G. Gallo* c. *Canada*, ordonnance de procédure n° 1, par. 31, en date du 4 juin 2008, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ ProceduralOrder12008-06- 04.pdf.

11 *UPS* c. *Canada*, procès-verbal d'audience, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/parcel_

V. Expérience du Canada concernant la publication de la sentence dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

Conformément à l'article 1137 et à l'annexe 1137.4 du chapitre 11 de l'ALENA, le Canada peut publier les sentences arbitrales dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA. Il le fait en affichant ces sentences, sous forme expurgée, sur la page Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international. Nous avons pu constater que cette modalité était relativement efficace et qu'elle n'avait pas suscité de préoccupations majeures à l'égard de la conduite de l'arbitrage ou encore de la rédaction de la sentence par le tribunal. À ce jour, le Canada a publié l'intégralité des sentences – questions de compétence, fond du litige, dommages et coût – correspondant aux sept arbitrages pour lesquels des sentences ont été publiées. En général, la procédure adoptée pour la publication des sentences est la même que celle suivie pour la publication de tous les documents (voir ci-dessous).

VI. Expérience du Canada concernant la protection d'informations confidentielles dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

À ce jour, dans chacun de nos arbitrages menés au titre de l'ALENA, des informations confidentielles ont été protégées contre toute divulgation publique. Ni le texte de l'ALENA, ni la Note d'interprétation ultérieure sur l'accès aux documents ne définit ou ne recense les informations qui sont confidentielles et doivent être protégées. En conséquence, les tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALENA ont établi des ordonnances de confidentialité qui précisent la nature des informations devant être considérées comme confidentielles dans une affaire donnée, ainsi que la procédure à suivre pour protéger ces informations. Pour l'essentiel, dans nos arbitrages, les tribunaux ont adopté des définitions analogues visant à protéger les informations commerciales confidentielles de l'une ou l'autre partie ou de tiers. Selon les renseignements dont nous disposons, aucun tribunal n'a ordonné que des informations soient soustraites au public pour des motifs autres que leur caractère commercial confidentiel, tels que la protection de l'intégrité de la procédure arbitrale.

S'agissant de la procédure suivie pour protéger les informations confidentielles, selon la pratique établie au Canada, les tribunaux exigent d'une partie qui se propose de rendre public un document d'aviser l'autre partie contestante de son intention. Cette autre partie dispose alors d'un certain délai pour examiner le document et en supprimer toute information confidentielle[12]. Étant donné que la suppression des informations jugées confidentielles doit se faire conformément à une ordonnance du tribunal, tout différend doit également être réglé par le tribunal.

Dans le cadre de plusieurs affaires, le Canada a estimé que le demandeur faisait un usage abusif de la désignation "information confidentielle". En

---

archive.aspx?lang=fr; *Merrill & Ring* c. *Canada* procès-verbal d'audience, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/merrill_archive.aspx?lang=fr.

[12] Voir, par exemple, *Chemtura* c. *Canada*, ordonnance de confidentialité, par. 11 et 12, en date du 21 janvier 2008, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf.

l'occurrence, nous avons déposé une motion auprès du tribunal, lequel s'est prononcé sur les informations qui pouvaient ou non être expurgées avant leur divulgation au public[13].

Nous n'avons pas connaissance de cas où une partie contestante aurait contrevenu à l'ordonnance de confidentialité du tribunal et rendu public un document qui devait rester confidentiel. À cet égard, nous notons que le tribunal dispose du même pouvoir que celui dont il est investi pour faire appliquer l'une quelconque de ses ordonnances, y compris celui d'infliger une peine pécuniaire. Nous notons également que, conformément à la pratique nationale, toute personne autre que les représentants des parties contestantes, qui a accès à des documents confidentiels afin de contribuer à la préparation du dossier, est en général tenue de signer un "engagement de non-divulgation". Conformément à l'usage établi, un tel engagement est expressément exécutoire en vertu du droit interne, et la personne qui l'exécute choisit le tribunal interne qui peut connaître des litiges relatifs à une violation.

VII. Expérience du Canada concernant l'administration d'un référentiel pour l'information du public dans ses arbitrages menés au titre de l'ALENA

Comme mentionné ci-dessus à plusieurs reprises, le Canada utilise principalement un référentiel en ligne pour stocker les documents publics dans ses arbitrages menés au titre de l'ALENA. Cependant, comme cela est également expliqué plus haut, afin de réduire au minimum les ressources nécessaires sur le Web, nous limitons les catégories de documents que nous affichons dans ce référentiel, et communiquons sur demande les documents auxiliaires ou pièces jointes.

Au vu de notre expérience, un référentiel en ligne fournit un moyen efficace et rentable de diffuser l'information au public le plus large possible sur le plan national. En outre, plusieurs de nos arbitrages sont administrés soit par le CIRDI soit par la CPA et, en l'occurrence, les documents publics sont également mis à disposition sur leurs référentiels en ligne. Nous avons pu constater que l'existence de plusieurs portails d'accès permettait de mettre les documents à la disposition du public le plus large possible.

2. Commentaires du Gouvernement des États-Unis d'Amérique

Les États-Unis saisissent cette occasion pour répondre aux questions du Secrétariat concernant leur expérience de l'application des mesures visant à garantir la transparence dans les procédures arbitrales ouvertes en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). En réponse à ces questions, et comme suite aux commentaires qu'ils ont déjà communiqués à la CNUDCI à ce

---

[13] Voir, par exemple, *Bilcon* c. *Canada*, ordonnance de procédure n° 4, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Bilcon-ProceduralOrderNo4.pdf; *Chemtura* c. *Canada*, ordonnance de procédure n° 3, en date du 8 août 2008, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrder3Aug82008.pdf.

sujet[14], ils fournissent les informations supplémentaires ci-après concernant leurs pratiques actuelles en matière de transparence.

1) Publicité de l'ouverture d'une procédure arbitrale (par exemple, quelle est votre expérience de la publication de l'avis d'arbitrage à un stade précoce de la procédure? Quelles seraient les conséquences d'une impossibilité de publier des informations sur l'ouverture de la procédure arbitrale?)

S'étant engagés à assurer la transparence de leurs arbitrages entre investisseurs et États, les États-Unis mettent rapidement à la disposition du public, sous réserve d'en avoir expurgé les informations protégées[15], les documents concernant l'ouverture des procédures arbitrales. Conformément aux Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 en date du 31 juillet 2001 de la Commission du libre-échange de l'ALENA, le Département d'État met à disposition, en temps voulu[16], les avis d'arbitrage qu'il reçoit en les affichant sur son site Web[17]. En vertu de récents accords de libre-échange (ALE), tels que l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR), et les traités d'investissement bilatéraux fondés sur le Traité bilatéral type relatif aux investissements établi par les États-Unis en 2004 (TBTI)[18], les États-Unis sont tenus de mettre rapidement à la disposition du public les notifications d'intention et les avis d'arbitrage qu'ils reçoivent[19].

Conformément à la pratique observée dans le contexte de l'ALENA, le Département d'État répond à la réception d'une notification d'intention par lettre dont l'objet est à la fois d'accuser réception et de passer en revue plusieurs aspects du chapitre 11 de l'ALENA et du droit des États-Unis concernant la divulgation de

---

14 Voir Commentaires reçus du Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3, p. 2 à 6 (4 août 2010) (Commentaires des États-Unis d'Amérique sur la transparence).

15 Les catégories d'informations protégées sont décrites dans les commentaires des États-Unis sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Ibid., p. 4 et 5.

16 Voir Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la Commission de libre-échange, par. 1 b) ii) (31 juillet, 2001), consultables à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=fr.

17 Voir NAFTA Investor-State Arbitrations, Département d'État des États-Unis, http://www.state.gov/s/l/c3439.htm.

18 Comme indiqué dans les commentaires déjà communiqués par les États-Unis sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir Commentaires des États-Unis sur la transparence, p. 5), les accords d'investissement ci-après récemment négociés par les États-Unis "reflètent les dispositions" du TBTI de 2004 en matière de transparence: traité d'investissement bilatéral États-Unis-Uruguay, art. 29; traité d'investissement bilatéral États-Unis-Rwanda, art. 29 (tous deux consultables à l'adresse: http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents), et les chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange ci-après récemment conclus comportent des dispositions analogues de transparence: ALE États-Unis-Chili, art. 10.20; Accord de promotion du commerce États-Unis-Colombie, art. 10.21; Accord de promotion du commerce États-Unis-Pérou, art. 10.21; ALE États-Unis-Corée, art. 11.21; ALE États-Unis-Maroc, art. 10.20; ALE États-Unis-Oman, art. 10.20; Accord sur la promotion du commerce États-Unis-Panama, art. 10.21, et ALE États-Unis-Singapour, art. 15.20 (tous ces accords sont consultables à l'adresse: http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements).

19 Voir CAFTA-DR, art. 10.21 1) a) et b), TBTI de 2004 art. 29 1) a) et b), et *supra*, note 5.

documents dans les arbitrages entre investisseurs et États menés au titre de l'ALENA[20]. Par cette lettre, le demandeur est informé de ce qui suit:

> 1) En vertu des articles 1127 et 1129 de l'ALENA, des copies des documents produits dans le cadre de l'arbitrage seront communiquées aux Gouvernements canadiens et mexicains;
>
> 2) En vertu de la "Freedom of Information Act" (Loi sur l'accès à l'information), Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552, ces documents peuvent être divulgués aux membres du public qui ont un droit d'accès, exécutoire en justice, aux dossiers des organismes fédéraux ou à des parties de ces dossiers, sauf dans la mesure où ils sont protégés par des dérogations ou des exemptions applicables; l'une d'elles, en vertu du Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552 b) 4), empêche la divulgation des secrets commerciaux et des informations commerciales ou financières qui sont protégées ou confidentielles;
>
> 3) Conformément aux Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la CLE, les parties à l'ALENA sont convenues d'assurer l'accès du public aux informations concernant les arbitrages menés au titre du chapitre 11 de l'ALENA;
>
> 4) En vertu de l'article 1126-10 de l'ALENA, une copie de toute demande d'arbitrage ou d'avis d'arbitrage sera insérée dans un registre public au secrétariat de l'ALENA; et
>
> 5) Aux États-Unis, l'usage est en général de rendre les documents accessibles au public, dans toute la mesure possible, en les affichant sur le site Web du Département d'État[21].

En conséquence, s'agissant en particulier des obligations découlant de la Loi sur l'accès à l'information, il est également recommandé dans la lettre que,

> si le demandeur estime que tout ou partie d'un document qu'il communique dans le cadre de l'affaire contient des informations commerciales confidentielles ou est autrement protégé contre toute forme de divulgation en vertu de ladite Loi, il doit clairement indiquer les informations devant faire l'objet d'une protection et fournir une deuxième version du document dans lequel ces informations sont omises ou masquées[22].

À défaut, le Département d'État est fondé à supposer que l'ensemble des informations figurant dans les documents fournis par le demandeur peut être divulgué au public en vertu de la Loi sur l'accès à l'information[23].

Une fois la lettre envoyée à l'avocat du demandeur, et si un avis d'arbitrage est ultérieurement communiqué, le Département d'État affiche cet avis sur son site Web en temps voulu, sous réserve que toutes les informations protégées en aient été expurgées. Par exemple, dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd.*

---

20 Voir *infra* Lettre type, appendice A.

21 Ibid.

22 Ibid.

23 Ibid.

et al. c. *États-Unis*, le Département d'État a affiché cet avis en temps voulu sur une page Web où l'affaire était présentée comme suit:

> Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. (société canadienne), Jerry Montour, Kenneth Hill et Arthur Montour ont émis un avis d'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en leur nom propre et au nom de Native Wholesale Supply (collectivement "Grand River"). Grand River s'occupe de la fabrication et de la vente de produits du tabac. Selon son mémoire en demande, Grand River cherche à obtenir une somme minimale de 310 millions à 664 millions de dollars pour des dommages qui seraient imputables à un accord de conciliation conclu en 1998 entre plusieurs ministres de la justice de différents États et les grandes compagnies de tabac, ainsi qu'à la législation de certains États qui permet d'appliquer partiellement la procédure de conciliation.
>
> Grand River invoque la violation des articles suivants de l'ALENA: 1102 (traitement national), 1103 (traitement de la nation la plus favorisée), 1104 (le plus favorable du traitement national ou traitement de la nation la plus favorisée), 1105 (norme minimale de traitement en vertu du droit international) et 1110 (expropriation).
>
> Les États-Unis ont l'intention de contester énergiquement cette plainte[24].

Comme il ressort de la dernière phrase de cet exposé de la situation, en affichant l'avis d'arbitrage, les États-Unis indiquent leur intention de contester la plainte.

Les Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la CLE témoignent de l'engagement politique pris par chacune des parties à l'ALENA à l'égard des autres parties, ainsi que de leurs partenaires nationaux respectifs, en vue d'assurer l'accès du public à chaque avis d'arbitrage, de même qu'à d'autres documents soumis au tribunal constitué en vertu du chapitre 11, ou produits par lui[25]. L'incapacité à assurer l'accès du public serait en contradiction avec cet engagement.

2) Documents devant être publiés (par exemple, y a-t-il eu des incertitudes sur le point de savoir si certains types de documents devaient être publiés; ou des questions se sont-elles posées au sujet de questions de traduction ou de questions connexes de coûts?)

Dans leurs précédents commentaires sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les États-Unis ont indiqué quels documents devaient être publiés en vertu des Notes d'interprétation de la CLE et du TBTI de 2004[26].

À ce jour, les États-Unis n'ont pas connu d'incertitudes sur le point de savoir si certains types de documents soumis à un tribunal constitué en vertu du chapitre 11, ou produits par lui, devaient être publiés. En général, le Département d'État a affiché sur son site Web les mémoires écrits, procès-verbaux, ordonnances

---

24 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, Département d'État des États-Unis, http://www.state.gov/s/l/c11935.htm.

25 Voir Notes d'interprétation de la CLE, par. 1 b) ii).

26 Voir Commentaires des États-Unis sur la transparence, p. 4 et 5.

et décisions concernant les affaires dans lesquelles il était partie contestante, et fourni des liens vers des sites Web du Canada et du Mexique donnant accès aux documents relatifs aux affaires soumises à arbitrage à l'encontre de ces parties à l'ALENA[27]. Les documents qui ne sont pas affichés sur le site peuvent être demandés par des membres du public, sous réserve que les informations protégées soient expurgées, auprès de l'Office of International Claims and Investment Disputes du Département d'État[28].

La traduction de ces documents ou les coûts liés à leur diffusion n'ont soulevé aucun problème. Le Département d'État met les documents à disposition dans la langue ou les langues dans lesquelles ils ont été soumis au tribunal ou produits par lui.

3) Mémoires présentés par des tiers (par exemple, avez-vous déjà constaté qu'un tribunal arbitral avait besoin de plus amples conseils pour décider de l'opportunité d'accepter des mémoires présentées par des tiers?)

Dans leurs précédents commentaires sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les États-Unis ont décrit les dispositions régissant la question de la participation d'*amici curiae*[29]. Ces commentaires ont également porté sur la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie[30], dans laquelle la Commission recommandait des lignes directrices spécifiques à l'intention des tribunaux constitués en vertu du chapitre 11, aux fins de l'examen des mémoires proposés par des *amici curiae*[31]. Dans la pratique, il n'a pas été demandé aux États-Unis de donner des orientations en plus de celles recommandées dans ladite déclaration.

Dans l'affaire *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, le tribunal a appliqué les lignes directrices de la Déclaration susmentionnée. Il a modifié sa première ordonnance de procédure, qui fixait un délai pour la présentation des mémoires d'*amici curiae*, afin de permettre à des parties autres que les parties au litige de déposer des demandes et des mémoires, conformément à ladite Déclaration[32], puis fait observer que les mémoires d'*amici curiae* devaient respecter les principes de cette dernière[33]. Comme

---

27 Les seuls documents que le Département d'État affiche sur ses pages Web en ce qui concerne les plaintes visant les Gouvernements canadien et mexicain sont des mémoires de tierces parties en vertu de l'article 1128 de l'ALENA. Voir, par exemple, *Pope & Talbot, Inc.* c. *Gouvernement canadien*, Département d'État des États-Unis, consultable à l'adresse: http://www.state.gov/s/l/c3747.htm (donne une brève description de la question, avec copies des conclusions présentées par les États-Unis en vertu de l'article 1128, et un lien hypertexte ("For further information and documents concerning this claim, click here" renvoyant à la page Web du Gouvernement canadien).

28 NAFTA Investor-State Arbitrations, International Claims and Investment Disputes (L/CID), Département d'État des États-Unis, http://www.state.gov/s/l/c3439.htm.

29 Commentaires des États-Unis sur la transparence, p. 5 et 6.

30 Ibid., (Examen de la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie (7 octobre 2003), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf).

31 Ibid.

32 *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, ordonnance de procédure n° 4, par. 9 (26 août 2005), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/54151.pdf.

33 *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Lettre du président du tribunal,

indiqué dans la sentence, le tribunal avait exprimé l'opinion qu'il devait appliquer strictement les exigences précisées dans la Déclaration concernant notamment la longueur et la teneur des mémoires[34]. Pour leur part, les États-Unis ont appuyé sans réserve la participation d'*amici curiae*, pour autant que cette dernière satisfasse aux exigences mentionnées dans la Déclaration au sujet de la longueur et la teneur des mémoires, et qu'elle ne contribue pas à alourdir indûment la tâche des Parties[35]. Finalement, le tribunal a décidé d'accepter les mémoires présentés en qualité d'*amicus curiae* par la National Mining Association, la Nation indienne Quechan, le Sierra Club et Earthworks, et les Amis de la Terre[36], et de les examiner, le cas échéant, conformément aux principes énoncés dans la Déclaration et au critère spécifiquement mentionné par les États-Unis selon lequel chaque mémoire devait offrir une perspective, des connaissances ou des idées particulières différentes de celles des parties contestantes[37].

Dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, les parties sont convenues à la première séance tenue par le tribunal que celui-ci devrait ultérieurement adopter une procédure pour recevoir et examiner les mémoires d'*amici curiae* (condition nécessaire, mais non dans l'immédiat), en se fondant sur les recommandations de la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie[38]. Lorsque le Bureau du Chef national de l'Assemblée des Premières Nations a présenté un mémoire en qualité d'*amicus curiae*[39], sans l'accompagner de la demande d'autorisation de le soumettre, le tribunal a fait savoir aux parties qu'il avait reçu une lettre non sollicitée d'un tiers visant à soutenir une partie à l'arbitrage en cours[40]. Le tribunal a en outre déclaré qu'en réfléchissant à

Michael Young, concernant la demande de prorogation du délai fixé pour que des tiers puissent déposer une demande d'autorisation de présenter un mémoire et un mémoire connexe, p. 2 (10 octobre 2006), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/73890.pdf; voir aussi *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, décision concernant la demande et le mémoire de la Nation indienne Quechan, par. 10 (16 septembre 2005), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/53592.pdf (soulignant que le mémoire de la Nation indienne Quechan satisfaisait aux principes de la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie).

34 *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Sentence, par. 286 (8 juin 2009) ("Sentence Glamis"), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf.

35 Ibid., par. 285.

36 Les demandes d'autorisation de présentation de mémoires et les mémoires sont consultables à l'adresse: http://www.state.gov/s/l/c10986.htm.

37 Sentence *Glamis* par. 286 (citation tirée de la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie, partie B, par. 6 a)). En particulier, la Nation indienne Quechan a présenté deux mémoires en qualité d'*amicus curiae*, dont le second a été accepté en même temps que les autres ci-dessus. Ibid., Le tribunal a accepté le premier mémoire dans sa décision concernant la demande et le mémoire de la Nation indienne Quechan, en date du 16 septembre 2005. Voir *supra* note 20.

38 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Procès-verbal de la première séance tenue par le tribunal, section II-1 (31 mars 2005), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf.

39 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Lettre de Phil Fontaine, Chef national de l'Assemblée des Premières Nations, adressée au tribunal (19 janvier 2009), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf.

40 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Lettre du tribunal aux parties concernant le mémoire présenté en qualité d'*amicus curiae*, p. 1 (27 janvier

l'opportunité d'accepter et d'examiner cette lettre, ou tout autre mémoire présenté par des tiers, il se proposait de se laisser guider par la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie et de décider en temps utile s'il convenait d'examiner le mémoire, compte tenu des vues que les Parties souhaiteraient peut-être exprimer dans la réplique et la duplique[41]. Dans leur duplique, les États Unis ont déclaré ce qui suit:

> Le mémoire de l'Assemblée des Premières Nations n'était pas accompagné d'une demande d'autorisation de présenter un mémoire émanant d'un tiers. Conformément aux procédures recommandées dans la Déclaration de la CLE – dont le Tribunal avait dit qu'elles guideraient en l'espèce son examen des mémoires présentés par des *amici curiae* – tout mémoire de cette nature doit être accompagné d'une demande d'autorisation de soumission. L'Assemblée des Premières Nations n'ayant pas sollicité une telle autorisation, son mémoire ne devrait pas être examiné dans le cadre du présent arbitrage[42].

Le tribunal ne s'est pas encore prononcé sur l'opportunité d'accepter ce mémoire.

4) Audiences publiques (par exemple, comment sont organisées les audiences publiques? Quelle est votre expérience concernant la publication des procès-verbaux?)

Les États-Unis ont une politique bien définie à l'appui des audiences publiques. Comme ils l'ont déclaré dans le contexte de l'ALENA, ils "consentiront et demanderont aux investisseurs en litige et, s'il y a lieu, aux tribunaux, de consentir à ce que les audiences concernant des litiges relevant du chapitre 11 auxquels ils sont parties soient ouvertes au public, sauf lorsque le huis clos doit être prononcé pour protéger des informations confidentielles, y compris des informations confidentielles de caractère commercial"[43]. Par ailleurs, dans le cadre de l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine et du TBTI de 2004, la volonté d'organiser des audiences publiques est encore plus forte, eu égard aux articles pertinents qui énoncent ce qui suit:

> Le tribunal tient des audiences publiques et arrête, en consultation avec les parties au litige, les dispositions logistiques appropriées. Toutefois, toute partie au litige souhaitant utiliser des informations désignées comme confidentielles lors d'une audience doit en avertir le tribunal. Celui-ci prend les dispositions voulues pour empêcher la divulgation des informations[44].

Dans la pratique, les audiences tenues dans le cadre de l'ALENA ont été ouvertes au public grâce à une retransmission par télévision en circuit fermé. Toutefois, cette retransmission peut être interrompue, lorsque certaines parties de

---

2009), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/117813.pdf.

41 Ibid., p. 1 et 2.

42 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Duplique, p. 77, note 227 (13 mai 2009), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/125482.pdf.

43 Déclaration sur les audiences publiques dans les arbitrages relevant du chapitre 11 de l'ALENA (7 octobre 2003), consultable à l'adresse: http://ustraderep.gov/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

44 Voir Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine, art. 10.21.2, TBTI de 2004, art. 29-2, et *supra*, note 5.

l'audience portent sur des informations confidentielles. Comme expliqué en détail par le tribunal chargé de l'affaire *Glamis* dans son ordonnance de procédure n° 11:

> En ce qui concerne l'accès du public à l'audience, le CIRDI a indiqué qu'une salle distincte avait été réservée à la Banque mondiale, à Washington, pour retransmettre les débats par télévision via le canal vidéo de la Banque. Aucune des Parties ne s'est opposée à l'accès du public sous cette forme. Les deux Parties ont toutefois fait observer que le public ne pourrait suivre les débats lorsque seraient examinées des informations confidentielles, y compris des informations financières de sociétés et des renseignements détaillés sur l'emplacement exact des sites culturels et des artefacts[45].

Lors de la plus récente audience sur le fond tenue dans le cadre de l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, l'audience a été ouverte au public dans les mêmes conditions. Dans le cadre de cet arbitrage, les parties étaient convenues que les audiences sur le fond seraient ouvertes au public moyennant la retransmission télévisée des débats en direct, en circuit fermé, sous réserve que le CIRDI puisse prendre les dispositions logistiques appropriées. Il a également été noté qu'aucun membre du public ne serait admis dans la salle d'audience[46].

Conformément à cet accord, les débats ont été retransmis dans une salle ouverte au public à la Banque mondiale; la retransmission à été ponctuellement interrompue pour protéger des informations confidentielles de caractère commercial.

Le Département d'État publie également sur son site Web des procès-verbaux d'audience *in extenso*, sous réserve que les informations protégées soient expurgées[47].

5) Publication des sentences (par exemple, y a-t-il eu des cas où certaines décisions ou sentences ont été exclues de la publication? Dans l'affirmative, pour quelles raisons?)

Jusqu'à présent, il n'est jamais arrivé, dans les affaires où les États-Unis étaient partie contestante, que des décisions ou des sentences soient exclues de la publication. À l'annexe 1137.4 de l'ALENA, les États-Unis ont précisé ce qui suit: "Lorsque les États-Unis sont la partie contestante, les États-Unis eux-mêmes ou un investisseur contestant qui est partie à l'arbitrage pourront publier une sentence." En outre, les États-Unis se sont engagés à rendre les sentences publiques conformément aux Notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALENA[48]. Par ailleurs, les États-Unis sont tenus de rendre les sentences publiques dans le cadre de

---

[45] *Glamis Gold, Ltd.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, ordonnance de procédure n° 11, par. 15 (9 juillet 2007), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/88173.pdf.

[46] *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, ALENA/CNUDCI, procès-verbal de la première séance tenue par le tribunal, section I-10 (31 mars 2005), consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf.

[47] Voir Poursuites intentées contre les États-Unis d'Amérique, Département d'État, consultable à l'adresse: http://www.state.gov/s/l/c3741.htm. Voir *infra* la réponse à la question six qui donne un exemple de litige portant sur l'expurgation d'informations dans un procès-verbal d'audience.

[48] Voir Notes d'interprétation de la CLE, par. 1 b) ii).

l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine et du TBTI de 2004[49].

6) Exceptions possibles aux règles de transparence (comment traiter dans la pratique ces exceptions, en particulier en cas de désaccord entre les parties, et comment garantir la non-divulgation des informations protégées?)

Comme il est précisé dans les commentaires des États-Unis sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les Notes d'interprétation de la CLE et le TBTI de 2004 prévoient la non-divulgation des informations protégées[50]. Dans le cadre d'affaires antérieures, les États-Unis ont conclu des accords de confidentialité avec des demandeurs pour garantir la non-divulgation d'informations protégées et définir précisément une procédure en vue de déterminer si certaines informations devaient être protégées.

Dans la pratique, les États-Unis s'attachent à résoudre les questions de confidentialité avec la partie adverse. Lorsque les parties ne peuvent s'entendre sur le point de savoir si certaines informations doivent être protégées, le litige est soumis au tribunal qui est alors chargé de le régler, conformément à tout accord de confidentialité applicable. Par exemple, dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al.* c. *États-Unis*, les États-Unis étaient en désaccord avec les demandeurs qui considéraient certaines informations figurant dans le procès-verbal des audiences comme des informations confidentielles de caractère commercial. Afin qu'il soit possible de publier les procès-verbaux "en temps voulu", comme le stipulent les Notes d'interprétation de la Commission de libre-échange, le Département d'État a affiché sur son site Web les procès-verbaux des audiences expurgés des informations jugées confidentielles par les demandeurs. Toutefois, les États-Unis ont contesté certaines de ces suppressions devant le tribunal, en faisant valoir que la qualification d'informations commerciales confidentielles par les demandeurs n'était pas justifiée aux termes de l'accord de confidentialité applicable. Le Tribunal n'a pas encore tranché la question.

Dans leur pratique des arbitrages entre investisseurs et États, les États-Unis, en qualité de partie contestante, n'ont pas rencontré de problèmes concernant le respect de la non-divulgation de renseignements protégés.

7) Publication d'informations (par exemple, quelles difficultés la procédure de publication a-t-elle soulevées?)

La publication de documents sur son site Web n'a pas posé de problème particulier au Département d'État. Celui-ci n'a pas non plus rencontré de difficultés particulières pour fournir, conformément à l'article 1126-10 de l'ALENA, une copie des demandes d'arbitrage ou d'avis d'arbitrage au secrétariat de l'ALENA pour qu'il l'insère dans un registre public.

---

[49] Voir Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine, art. 10.21.1 e), TBTI de 2004, art. 29-1 e), et *supra*, note 5.

[50] Voir *supra*, note 2.

Annexe A: Lettre type

Par courriel et messagerie

[Objet]

Madame/Monsieur:

Par la présente, le Gouvernement des États-Unis accuse réception, le [date], de la notification d'intention de [demandeur] tendant à soumettre une plainte à une procédure d'arbitrage en vertu de la section B du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), concernant [brève description de la question].

Nous saisissons cette occasion pour souligner plusieurs aspects du chapitre 11 de l'ALENA et du droit des États-Unis qui ont trait à la divulgation de documents dans le cadre des arbitrages entre investisseurs et États relevant de l'ALENA. Premièrement, les États-Unis sont tenus, en vertu des articles 1127 et 1129 de l'ALENA, de communiquer aux autres parties à l'Accord des copies de nombreux types de documents établis dans le cadre des arbitrages menés en vertu du chapitre 11. [Le demandeur] doit savoir qu'en invoquant les dispositions dudit chapitre relatives au règlement des différends, il se soumet lui-même à une procédure en vertu de laquelle ses documents peuvent être et seront communiqués aux Gouvernements canadien et mexicain.

Deuxièmement, nous appelons votre attention sur la loi des États-Unis sur l'accès à l'information (Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552) en vertu de laquelle, tout membre du public a un droit d'accès, exécutoire en justice, aux dossiers des organismes fédéraux ou à des parties de ces dossiers, sauf dans la mesure où les dérogations ou exemptions applicables empêchent leur divulgation. L'une des exemptions prévue par la loi susmentionnée qui est le plus souvent invoquée pour les documents fournis par les parties à des organismes est énoncée au Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552 b) 4), qui protège contre toute divulgation les secrets commerciaux et les informations commerciales ou financières qui sont privilégiées ou confidentielles.

Si [le demandeur] estime que tout ou partie d'un document qu'il communique dans le cadre de l'affaire contient des informations commerciales confidentielles ou est autrement protégé contre toute forme de divulgation en vertu de la loi susmentionnée, il doit clairement indiquer les informations devant faire l'objet d'une protection et fournir une deuxième version du document dans lequel ces informations sont omises ou masquées. À défaut, nous serons fondés à supposer que [le demandeur] ne s'oppose pas à ce que les informations figurant dans les documents fournis par lui soient divulguées au public en vertu de ladite loi.

Troisièmement, nous appelons votre attention sur les Notes d'interprétation de la Commission de libre-échange établies en vertu de l'article 2001 de l'ALENA, qui est consultable à l'adresse: http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf. Ces Notes, entre autres choses, précisent que les trois parties à l'ALENA se proposent d'assurer, à quelques exceptions près, l'accès du public aux informations relatives aux arbitrages entre investisseurs et États en vertu du chapitre 11 de l'ALENA.

Quatrièmement, nous tenons à souligner que, conformément à l'article 1126-10 de l'ALENA, toute partie contestante doit fournir une copie de la demande d'arbitrage ou de l'avis d'arbitrage au secrétariat de l'ALENA pour qu'il l'insère dans un registre public. Tout document renfermant une demande d'arbitrage en la matière sera mis à la disposition du public à la Section des États-Unis du secrétariat de l'ALENA.

Cinquièmement, les États-Unis ont pour habitude d'afficher sur le site Web du Département d'État – dans toute la mesure possible – tous les mémoires, ordonnances et décisions d'intérêt général concernant des affaires relevant du chapitre 11 qui sont engagées contre eux.

G. Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – propositions soumises par des gouvernements et des organisations internationales, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/WG.II/WP.164)

[Original: anglais]

En vue de la cinquante-quatrième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), pendant laquelle ce dernier devrait travailler sur l'élaboration d'une norme juridique relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les délégations ont été invitées, à la cinquante-troisième session du Groupe, à fournir au Secrétariat des informations, y compris des propositions écrites (A/CN.9/712, par. 101). On trouvera en annexe à la présente note la traduction de propositions telles qu'elles ont été reçues par le Secrétariat.

Proposition du Gouvernement allemand

[Original: anglais]
[Date: 14 décembre 2010]

De l'avis de la délégation allemande auprès du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) de la CNUDCI, la session que ce dernier a tenue du 4 au 8 octobre 2010 à Vienne a permis de poser des jalons importants, premièrement en vue d'une meilleure compréhension de l'exigence de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États, et deuxièmement en faveur de pratiques d'arbitrage qui se conforment à cette exigence. L'analyse des options juridiques qui permettraient d'instaurer la transparence dans ce type d'arbitrage, préconisée par de nombreuses délégations, et par le président en particulier, a permis de répondre à un certain nombre de questions en la matière. Dans ce contexte, la délégation allemande souhaiterait soumettre les propositions suivantes à la présidence et aux autres délégations, avant la prochaine session du Groupe de travail. Elles concernent les prochaines étapes de la préparation de nouvelles règles visant à renforcer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États.

La délégation allemande est d'avis que ces règles devraient être élaborées sous la forme de principes directeurs non contraignants.

En comparaison avec les autres options, des principes directeurs non contraignants sont la solution qui respecte le plus le principe d'un processus dominé par les parties, sur lequel repose l'arbitrage. Des principes directeurs non contraignants sont aussi le meilleur moyen d'atteindre l'objectif recherché par toutes les délégations, à savoir l'acceptation la plus large possible des règles relatives à la transparence. De tels principes pourraient avoir des incidences importantes tant sur les traités de protection des investissements existants que sur ceux qui seront négociés ou révisés à l'avenir. Ils devraient s'appliquer aux traités internationaux à l'échelle intergouvernementale et aux contrats privés entre États et investisseurs qui prévoient de régler les litiges par voie d'arbitrage. La délégation allemande estime que, contrairement à des règles obligatoires, des principes directeurs non

contraignants seraient assez souples pour susciter une large adhésion et être par conséquent d'une grande utilité pratique.

Les parties à des procédures d'arbitrage futures menées sur la base d'un traité de protection des investissements existant conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, pourraient s'entendre, lors d'un différend, pour appliquer au cas par cas les nouveaux principes directeurs sur la transparence. Elles pourraient aussi convenir ultérieurement d'appliquer ces principes de manière générale, en modifiant ou complétant le traité.

Il serait possible d'incorporer directement les principes dans les nouveaux traités de protection des investissements. Pour ce faire, la délégation allemande propose d'élaborer une clause type additionnelle, qui permettrait aux parties à un traité de convenir de l'applicabilité de ces principes.

De l'avis de la délégation allemande, l'autre possibilité envisagée en lieu et place de principes directeurs, à savoir un accord sur des règles de transparence obligatoires s'appliquant aux différends entre investisseurs et États, constituerait une solution nettement inférieure, qui serait à peine acceptable pour l'Allemagne:

- Il est peu probable que des règles obligatoires tiennent compte, dans la même mesure que des principes directeurs, de l'objectif recherché par tous, qui est d'assurer l'acceptation la plus large possible des règles relatives à la transparence. Des principes directeurs non contraignants seraient plus susceptibles de favoriser une réforme rapide et efficace au sein de la CNUDCI qu'une norme juridique obligatoire;
- Il serait nettement plus difficile d'intégrer des règles obligatoires dans les traités existants. Seuls les traités de protection des investissements existants qui contiennent une référence dynamique à la dernière version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourraient être considérés comme intégrant de plein droit les nouvelles règles en matière de transparence;
- Dans les arbitrages, la question de l'incorporation des règles susciterait des controverses et risquerait de ce fait d'entraîner des coûts et des retards supplémentaires. Ceci irait à l'encontre du souhait – légitime – de créer des règles uniformes sur la transparence applicables aux arbitrages entre investisseurs et États;
- Les règles de la CNUDCI sur la transparence ne devraient pas être structurées ni formulées de manière à limiter les droits nationaux concernant l'accès aux informations. Le risque d'imposer de telles limites est bien plus grand avec des règles obligatoires qu'avec des principes directeurs non contraignants.

II. PASSATION DE MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010) (A/CN.9/713)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-10
II.	Organisation de la session	11-16
III.	Délibérations et décisions	17
IV.	Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1 à 8)	18-136
	A. Chapitre VIII. Recours (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8)	18-73
	B. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3)	74-93
	C. Chapitre III. Appel d'offres ouvert (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3)	94-95
	D. Chapitre IV. Procédures d'appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.4)	96
	E. Chapitre V. Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.5)	97-100
	F. Chapitre VI. Enchères (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.6)	101-106
	G. Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.7)	107-114
	H. Chapitre premier. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1 et 2)	115-136
V.	Questions diverses	137-143

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

(1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses sessions suivantes d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné les thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, notamment l'échange de communications par voie électronique et le recours aux moyens électroniques pour la soumission et l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de cette utilisation; b) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, notamment la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode autonome, les critères de leur utilisation, les types de passation à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, notamment leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres.

4. À ses treizième et quatorzième sessions (New York, 7-11 avril 2008, et Vienne, 8-12 septembre 2008), le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat. À sa treizième session, il a également examiné la question des listes de fournisseurs et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type révisée, pour des raisons qui seraient exposées dans le Guide pour l'incorporation. À sa quatorzième session, il a en outre examiné dans le détail la question des voies de droit et de l'exécution, ainsi que celle des conflits d'intérêts.

5. À sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009), le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de loi type révisée et, bien qu'un certain nombre de points soient restés en suspens, dont le chapitre IV dans son intégralité, il s'est entendu sur le cadre conceptuel. Il a également noté que certaines dispositions exigeaient une étude plus approfondie, en particulier pour s'assurer qu'elles étaient conformes aux instruments internationaux pertinents.

6. À sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009), le Groupe de travail a examiné des propositions concernant l'article 40 de la Loi type révisée, portant sur

une nouvelle méthode de passation – le “dialogue compétitif”. Il est convenu des principes sur lesquels devraient se fonder les dispositions et d’une grande partie du projet de texte, et a prié le Secrétariat de revoir les dispositions pour les aligner sur le reste du projet de loi type révisée. Le Secrétariat a également été chargé de revoir les projets de dispositions du chapitre premier.

7. À ses dix-septième et dix-huitième sessions (Vienne, 7-11 décembre 2009, et New York, 12-16 avril 2010), le Groupe de travail a achevé une deuxième lecture de l’ensemble des chapitres du projet de loi type révisée et commencé une troisième lecture du texte. Il a résolu bon nombre des questions de fond et prié le Secrétariat de reformuler certaines dispositions en tenant compte des délibérations de ces sessions. À sa dix-huitième session, le Groupe de travail est convenu de régler les questions restées en suspens dans l’ensemble du projet afin d’en finaliser le texte à sa dix-neuvième session et de le présenter à la Commission pour adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Il est également convenu d’entreprendre l’élaboration d’un projet de texte révisé du Guide pour l’incorporation.

8. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu’il avait réalisés et a de nouveau appuyé la révision de la Loi type qu’il avait entreprise, ainsi que l’inclusion dans cette dernière de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (Part I), par. 170, et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, elle a recommandé que le Groupe de travail, en actualisant la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d’intérêts et examine s’il serait justifié de prévoir dans la Loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle a recommandé au Groupe de travail d’adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions afin d’accélérer ses travaux (A/62/17 (Part I), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté un calendrier pour les délibérations de ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/648, annexe) et est convenu de porter régulièrement à l’attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer rapidement le projet afin que la Loi type révisée et son Guide pour l’incorporation, puissent être finalisés et adoptés dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307).

9. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a examiné le chapitre premier du projet de loi type révisée et noté que la plupart des dispositions de ce chapitre avaient été approuvées, même si quelques questions restaient en suspens. Elle a noté que le projet de loi type révisée n’était pas prêt pour qu’elle puisse l’adopter à la session en cours. Elle a chargé le Secrétariat d’élaborer des propositions d’ordre rédactionnel concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail puisse les examiner. À cette session, on a souligné qu’il importait d’achever le texte de la Loi type révisée dès qu’il serait raisonnablement possible de le faire (A/64/17, par. 283 à 285).

10. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a prié le Groupe de travail d’achever sa révision de la Loi type au cours de ses deux prochaines sessions et de lui présenter le projet de loi type révisée pour finalisation et adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Elle lui a donné pour instruction de s’abstenir de réexaminer des questions qui avaient déjà fait l’objet de décisions (A/65/17, par. 239).

II. Organisation de la session

11. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-neuvième session à Vienne, du 1er au 5 novembre 2010. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Botswana, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Mexique, Ouganda, Paraguay, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

12. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Guatemala, Indonésie, Koweït, Panama, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Suède, Tunisie et Yémen.

13. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC);

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne (UE);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par le Groupe de travail*: Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) et Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA).

14. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)[1]

Rapporteur: M. Seung Woo SON (République de Corée)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.74);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.75 et Add.1 à 8).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

---

[1] Élu à titre personnel.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

17. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1 à 8)

A. Chapitre VIII. Recours (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8)

18. Le Groupe de travail a été informé des résultats des consultations intersessions sur le projet de chapitre VIII. Il a noté que les propositions de modification suivantes formulées lors des consultations auraient des incidences sur le libellé du chapitre entier: a) exclusion des entités adjudicatrices et des autorités de tutelle du groupe des instances de recours, ce dernier terme étant utilisé uniquement en relation avec les tribunaux et les instances administratives de recours externes à l'entité adjudicatrice; b) limitation de la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'examiner une réclamation jusqu'à l'attribution du marché; c) latitude accordée à l'entité adjudicatrice de décider de la suspension de la procédure de passation du marché; d) pouvoir conféré aux tribunaux d'infirmer la décision d'attribuer le marché; et e) référence dans le Guide à d'autres systèmes que celui prévu dans la Loi type révisée. Le Groupe de travail a aussi été invité à examiner l'opportunité de faire référence aux autorités de tutelle dans l'ensemble du chapitre, compte tenu du fait qu'elles étaient très rarement mentionnées dans le projet de loi type révisée en comparaison avec le texte de 1994.

19. Il a été convenu que le Secrétariat présenterait au Groupe de travail, article par article, les modifications qu'il avait été proposé d'apporter au projet de chapitre VIII pendant les consultations intersessions.

Article 61. Droit de recours

20. Le Groupe de travail était saisi de la proposition suivante pour l'article 61:

"Article 61. Droit de demander un réexamen ou d'introduire un recours

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison du non-respect allégué des dispositions de la présente Loi peut demander un réexamen ou introduire un recours contre ce non-respect conformément aux articles [62 à 66] de la présente Loi ou aux autres dispositions de la loi applicable du présent État.

2. Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue par une entité adjudicatrice ou une instance de recours dans le cadre d'une procédure menée en application du paragraphe 1 du présent article ou engager une procédure si aucune décision n'a été rendue dans les délais prescrits ou si la procédure de passation du marché n'a pas été suspendue conformément à l'article [65-1] de la présente Loi."

21. Il a été dit que les dispositions du paragraphe 1 devaient être alignées sur celles de l'article 64-2 pour ce qui était des fournisseurs qui auraient le droit de formuler une réclamation ou un recours (voir par. 57 ci-après).

Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

22. Le Groupe de travail était saisi de la proposition suivante pour l'article 62:

"**Article 62. Introduction d'une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle**

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice [ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle] le réexamen d'une décision ou d'une étape de la procédure de passation.

2. Les demandes de réexamen sont présentées par écrit dans les délais suivants:

a) Les demandes de réexamen concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection ou découlant de la procédure de préqualification ou de présélection sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toute autre demande de réexamen découlant de la procédure de passation de marché est présentée avant l'entrée en vigueur du marché.

3. Dès la présentation en temps voulu d'une demande en application du paragraphe 2 du présent article, l'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] peut suspendre la procédure de passation du marché. L'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] ne prend aucune décision ou mesure en vue d'attribuer le marché tant que [sa décision relative à la demande n'a pas été communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a présenté la demande].

4. L'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] peut infirmer, corriger, modifier ou maintenir toute décision ou mesure prise dans le cadre de la procédure de passation qui fait l'objet de la demande.

5. L'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] rend une décision écrite relative à la demande dans les ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) qui suivent la présentation de la demande. Cette décision est motivée et énonce les mesures prises.

6. Si l'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] ne communique pas sa décision au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a présenté la demande ni à tout autre participant à la demande dans le délai visé au paragraphe 2 du présent article, le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la demande peut immédiatement engager la procédure prévue à l'article [63 ou 66]. Une fois

cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] n'est plus compétente pour connaître de la demande."

23. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait décidé précédemment de ne pas faire référence, dans l'article, au responsable de l'entité adjudicatrice (comme dans le texte de 1994) et d'offrir aux fournisseurs lésés un moyen de recours facultatif auprès de l'entité adjudicatrice. Le caractère officiel des procédures visées dans l'article a été souligné.

Paragraphe 2

24. S'agissant du paragraphe 2, on a souligné que le fait de ne pas autoriser l'entité adjudicatrice à examiner une demande de réexamen présentée après l'entrée en vigueur du marché présentait les risques suivants: a) en l'absence d'un organe de recours indépendant dans certains pays, les moyens de recours des fournisseurs seraient limités aux tribunaux, ce qui pouvait être fastidieux et inefficace; et b) le système inciterait les entités adjudicatrices à précipiter la conclusion des marchés pour éviter les recours. Il a été dit que, dans certains pays, la loi prévoyait que l'entité adjudicatrice pouvait examiner les réclamations qui lui étaient présentées après l'attribution du marché, et qu'elle avait le pouvoir d'infirmer la décision d'attribuer le marché. On a dit que l'entité adjudicatrice pouvait infirmer une décision pour différentes raisons, en cas d'irrégularité dans la procédure d'attribution, pour des considérations d'ordre public ou pour préserver l'intégrité de la procédure. On a par conséquent appuyé le maintien de l'article 62-2 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8.

25. Selon l'avis qui a prévalu, l'article ne devait pas traiter des motifs de résiliation des marchés conclus ni permettre la modification unilatérale par l'entité adjudicatrice d'un marché conclu. On a craint qu'en prolongeant le délai de présentation des réclamations, on ne confère involontairement des pouvoirs excessifs à l'entité adjudicatrice. À ce sujet, on a mentionné la portée limitée de la Loi type, qui ne couvrait pas l'étape de l'administration des marchés. On a par conséquent souhaité que le paragraphe 2 soit maintenu tel qu'il figurait au paragraphe 22 du présent rapport. On a estimé que les garanties offertes par le délai d'attente et prévues dans le chapitre VIII de la Loi type, y compris la possibilité d'introduire un recours après l'attribution du marché auprès d'un tribunal ou, le cas échéant, de l'organe de recours indépendant, étaient suffisantes.

26. Cette approche a suscité des réserves au motif que, dans certaines conditions, c'est l'entité adjudicatrice, et non le tribunal ou l'organe de recours indépendant, qui serait la mieux placée pour connaître des réclamations introduites après l'attribution du marché. Dans ces situations, elle devait être autorisée à les traiter sans qu'il soit exigé de recourir à l'organe de recours indépendant ou au tribunal. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de réexaminer la question en relation avec d'autres dispositions du chapitre, par souci d'efficacité et pour trouver le bon équilibre entre une protection effective des droits des fournisseurs et la nécessité d'assurer l'intégrité de la procédure.

Paragraphe 3

27. Pour ce qui était du paragraphe 3, on s'est demandé s'il était souhaitable de conférer à l'entité adjudicatrice toute latitude s'agissant de la décision de suspendre

la procédure de passation. On s'est surtout inquiété d'une suspension facultative en cas de réclamations concernant les conditions de la sollicitation. En cas de contestation d'une décision de préqualification ou de présélection, on a aussi noté les impacts négatifs qu'une décision de non-suspension pourrait avoir sur les fournisseurs lésés. Il a par conséquent été suggéré de supprimer la première phrase et de remplacer, dans la deuxième phrase de la version anglaise, le mot "may" par le mot "shall".

28. Selon un autre avis, il fallait conserver les dispositions de la première phrase, qui autorisaient l'entité adjudicatrice à suspendre la procédure de passation. On a noté que des dispositions prévoyant une suspension obligatoire risquaient d'être invoquées abusivement par les fournisseurs, lesquels pourraient les utiliser pour exercer une pression sur l'entité adjudicatrice. Le Groupe de travail a aussi noté que l'article 63 offrait des garanties en permettant qu'il soit fait appel d'une décision de non-suspension rendue par l'entité adjudicatrice auprès de l'organe de recours indépendant. On a estimé que d'autres dispositions de la Loi type, relatives notamment à la prolongation des délais de présentation des soumissions ou à l'abandon de la passation, étaient aussi pertinentes.

29. Selon l'avis qui a prévalu, la loi devait autoriser l'entité adjudicatrice à suspendre la procédure de passation. Il était entendu que le Guide mentionnerait les cas justifiant une suspension, tels que les réclamations concernant les conditions de la sollicitation, où la suspension se justifierait pour éviter les coûts qui surviendraient si la procédure entière était annulée à un stade ultérieur. On a estimé que la Loi type ne pouvait pas prévoir toutes les situations où une suspension était ou non justifiée, et que l'on devait par conséquent compter sur le jugement raisonnable de l'entité adjudicatrice.

30. Il a été convenu de reformuler comme suit la dernière phrase du paragraphe 3: "L'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] n'attribue pas le marché tant que [sa décision relative à la demande n'a pas été communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a présenté la demande]." Le Secrétariat a été prié de modifier les dispositions pour qu'elles ne donnent pas involontairement à entendre que le marché pouvait être attribué dès que la décision de l'entité adjudicatrice concernant la demande avait été communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur qui avait présenté cette dernière. (Pour un examen plus approfondi des dispositions de l'article 62 relatives à la suspension, voir par. 70 à 73 ci-dessous.)

Paragraphe 4

31. En réponse à une question posée en relation avec les mots "or step" dans la version anglaise ("ou mesure"), il a été précisé que ces mots faisaient référence non pas à une décision mais à des actions, telles que des moyens ou un délai de communication d'une décision aux parties intéressées. Il a été jugé préférable de réexaminer ces mots ou de les supprimer.

Paragraphe 5

32. Des questions ont été posées au sujet de l'exigence d'une décision écrite. On a noté que dans certains pays, le silence de l'entité adjudicatrice pouvait être interprété comme une objection ou un rejet. Le Groupe de travail est convenu que la question serait abordée dans le Guide, qui indiquerait que la meilleure pratique

consistait à fournir une décision écrite et motivée. Dans ce contexte, on a aussi fait référence au paragraphe 6, qui traitait des conséquences de la non-communication d'une décision.

33. Le Secrétariat a été prié de remplacer dans l'ensemble du chapitre l'expression "après que la décision a été rendue" par la formule "après que la décision a été notifiée" avec indication des destinataires prévus.

Paragraphe 6

34. Il a été convenu que le paragraphe devait être reformulé afin de le mettre en conformité avec le paragraphe 5 pour ce qui était de la nécessité de notifier la décision, de la motiver et de préciser les destinataires prévus. Il a par ailleurs été indiqué qu'il fallait réexaminer la formule "participant à la demande" pour la rapprocher du libellé utilisé à l'article 64-1, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8.

35. Il a été suggéré d'envisager dans les dispositions de l'article 62 un délai supplémentaire après la notification de la décision de l'entité adjudicatrice, pour permettre un recours efficace. À cet égard, on a renvoyé aux dispositions pertinentes de l'article 65-5, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8.

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante

36. Le Groupe de travail était saisi de la proposition suivante pour l'article 63:

"**Article 63. Recours porté devant une instance de recours indépendante***

1. Un fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours peut présenter une réclamation ou un recours à ... (l'État adoptant précise le nom de l'instance de recours indépendante). Les réclamations ou les recours sont présentés par écrit et soumis dans les délais suivants:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection ou découlant de la procédure de préqualification ou de présélection sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toute autre réclamation concernant les décisions ou les mesures prises pendant la procédure de passation de marché est présentée avant l'entrée en vigueur du marché;

c) Les réclamations présentées au motif qu'une décision n'a pas été rendue, conformément à l'article 62-4, ou que la procédure de passation de

---

* Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. [66]), à condition que l'État adoptant possède un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. [Les États peuvent prévoir un mécanisme d'appel judiciaire ou administratif en fonction de leur système juridique.]

marché n'a été pas suspendue conformément à l'article [65-1], sont présentées dans un délai de … jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après l'expiration du délai fixé pour rendre une telle décision ou dans un délai de … jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après la présentation d'une demande de réexamen;

d) Les recours formés contre une décision de l'entité adjudicatrice [ou l'autorité de tutelle] en vertu de l'article [62-3] de la présente Loi sont présentés dans un délai de … jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision a été communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

2. Dès qu'il est saisi d'une réclamation ou d'un recours, le ... (l'État adoptant précise le nom de l'instance de recours indépendante) en notifie l'entité adjudicatrice [et, le cas échéant, l'autorité de tutelle].

3. Le [insérer le nom de l'instance de recours] peut énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce et a le [pouvoir/devoir] de prendre une ou plusieurs des mesures suivantes:

a) Interdire à l'entité adjudicatrice [ou à l'autorité de tutelle, selon le cas,] d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

b) Exiger de l'entité adjudicatrice [ou de l'autorité de tutelle, selon le cas,] qui a agi ou procédé illégalement ou qui a pris une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

c) Infirmer en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas[, à l'exception de tout acte ou décision concernant l'attribution du marché], [ou maintenir ou infirmer en tout ou en partie une décision de l'entité adjudicatrice [ou de l'autorité de tutelle] concernant une demande présentée en vertu de l'article 62];

d) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas, ou lui substituer sa propre décision, à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché, ou confirmer la décision légale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle;

e) Ordonner que la procédure de passation du marché soit suspendue ou qu'il y soit mis fin;

f) Rejeter la réclamation ou le recours;

g) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle lors de la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi[, qui est limité aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou au recours, le cas échéant, ou à l'ensemble de ces coûts]; ou

h) Prendre d'autres mesures appropriées en l'espèce.

4. Le [insérer le nom de l'instance de recours] rend dans un délai de [...] jours après la réception de la réclamation ou du recours une décision écrite au sujet de la réclamation ou du recours, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et les mesures prises.

5. Le [insérer le nom de l'instance de recours] communique sa décision à tous les participants à la procédure de recours conformément à l'article 64-5.

6. L'entité adjudicatrice peut demander par écrit au [insérer le nom de l'instance de recours] de permettre l'attribution d'un marché avant qu'elle ne se prononce sur une demande présentée en vertu de l'article 62, pour les motifs énoncés au paragraphe 3 de l'article 65. La décision prise par le [insérer le nom de l'instance de recours] concernant une telle demande est versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquée à toutes les parties concernées."

37. Il a été convenu de remplacer les mots "instance de recours indépendante" par les mots "instance indépendante", la première expression étant jugée trop restrictive du fait que l'instance en question pouvait dans certains pays être une instance de recours mais aussi avoir des fonctions consultatives.

38. Au paragraphe 1 b), il a été convenu de remplacer "avant l'entrée en vigueur du marché" par le texte correspondant de l'article 63-1 b) figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8. À cet égard, il a été noté que cette modification serait essentielle pour permettre la présentation de réclamations ou de recours peu de temps après l'entrée en vigueur d'un marché, de manière à supprimer toute incitation pour l'entité adjudicatrice de conclure un marché tant que la réclamation d'un fournisseur lésé n'a pas été réglée. On a noté toutefois que le Guide pourrait attirer l'attention des États adoptants sur le fait que tous les pays n'autorisaient pas dans les faits la présentation de réclamations ou de recours après l'entrée en vigueur du marché.

39. Compte tenu de la modification apportée au paragraphe 1 b), il a été convenu de supprimer le paragraphe 1 c) et de remplacer le paragraphe 1 d) par le texte du paragraphe 1 c) figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8.

40. Il a été proposé d'apporter un certain nombre de révisions à la liste de mesures que pouvait prendre l'instance indépendante, compte tenu notamment du fait que tous les pays ne permettaient pas aux instances de recours: a) de substituer leurs propres décisions à celles de l'entité adjudicatrice; et b) d'infirmer l'attribution d'un marché. Il a été convenu d'insérer la liste de mesures ci-après au paragraphe 3:

"a) Interdire à l'entité adjudicatrice [ou à l'autorité de tutelle, selon le cas,] d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

b) Exiger de l'entité adjudicatrice [ou de l'autorité de tutelle, selon le cas,] qui a agi ou procédé illégalement ou qui a pris une décision illégale qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

c) Infirmer en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas[, à l'exception de tout acte ou décision concernant l'attribution du marché], [ou maintenir ou

infirmer en tout ou en partie une décision de l'entité adjudicatrice [ou de l'autorité de tutelle] concernant une demande présentée en vertu de l'article 62];

d) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas, ou lui substituer sa propre décision à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché ou confirmer la décision légale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle;

e) Infirmer l'attribution d'un marché ou de l'accord-cadre entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a déjà été publié, ordonner la publication d'un avis de réformation de l'attribution;

f) Ordonner que la procédure de passation du marché soit suspendue ou qu'il y soit mis fin;

g) Rejeter la réclamation ou le recours;

h) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle lors de la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi(, qui est limité aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou au recours, le cas échéant, ou à l'ensemble de ces coûts); ou

i) Prendre d'autres mesures appropriées en l'espèce."

41. Pour ce qui est des dispositions des alinéas c) à e), il a été convenu que le texte devrait être placé entre parenthèses et qu'il faudrait expliquer dans le Guide ou dans une note de bas de page que les États ne permettant pas à l'instance de recours de prendre les mesures énumérées ne pourraient pas adopter ces dispositions. S'agissant des dispositions entre parenthèses à l'alinéa h), il a été convenu que le Guide expliquerait que, si l'on supprimait le texte entre parenthèses, les dispositions permettraient le versement d'un dédommagement en cas de manque à gagner et pourraient donc fournir l'incitation voulue à présenter des réclamations et des recours, ce qui semblait approprié lorsque l'idée d'un recours indépendant a été introduite. S'agissant des dispositions de l'alinéa i), il a été convenu que si ce texte était retenu, le Guide préciserait qu'il visait à tenir compte de l'évolution des pratiques concernant les mesures que pouvaient prendre les instances de recours, et en examinerait la portée.

42. Il a été fait remarquer que l'article 63 traitait de la question des délais de présentation des réclamations et non de la manière dont une instance indépendante déterminerait si une réclamation était recevable. Dans ce contexte, l'expérience pratique de certains pays a été évoquée: des fournisseurs avaient semblé ignorer la loi sur la passation des marchés et des réclamations dénuées de fondement avaient souvent été présentées. On a dit que la manière dont ces demandes étaient traitées pouvait remettre en question l'efficacité de la procédure de recours. Il a donc été proposé et convenu d'ajouter les mots "dénué de fondement" à l'alinéa g). Il a été noté que dans un pays, l'instance indépendante avait cinq jours pour décider si elle

prenait les mesures visées à l'alinéa g). On a noté que le Guide préciserait que la formule "dénué de fondement", dans ce contexte, devait être prise au sens large et couvrir les réclamations futiles ou abusives et les réclamations présentées hors délais ou par des personnes n'ayant pas qualité pour les présenter.

43. On a noté la nécessité de modifier en conséquence les paragraphes 4 et 5 en ce qui concerne la communication des décisions et les destinataires visés (voir par. 33 ci-dessus).

44. On s'est interrogé sur la possibilité de faire payer aux fournisseurs des frais de présentation des réclamations ou des recours. Cette mesure était considérée comme un moyen efficace de les dissuader de recourir à des pratiques abusives. On a estimé toutefois que cette question devrait être traitée par d'autres branches du droit.

45. On a fait remarquer également que la Loi type ou le Guide devrait préciser le sens du terme "instance indépendante" utilisé à l'article 63. Il a été convenu que le Guide devrait expliquer en quoi consistait l'indépendance d'une instance de recours et comment garantir cette indépendance.

46. Au cours de son examen de l'article 65 (voir par. 59 à 65 ci-dessous), le Groupe de travail a étudié la proposition suivante de texte supplémentaire à insérer à l'article 63:

> "1. Le [insérer le nom de l'instance indépendante] est autorisé à ordonner la suspension de la procédure de passation à tout moment avant l'entrée en vigueur du marché s'il juge cette suspension nécessaire pour protéger les intérêts d'un fournisseur ou d'un entrepreneur ayant présenté une demande, une réclamation ou un recours conformément à l'article 61, aussi longtemps qu'il le juge nécessaire et compte tenu des facteurs énumérés au paragraphe 4 du présent article. Le [insérer le nom de l'instance indépendante] est également autorisé à lever toute suspension ordonnée par l'entité adjudicatrice ou par lui-même, compte tenu des considérations exposées ci-dessus.
>
> 2. Sous réserve des circonstances visées au paragraphe 4 du présent article, la suspension de la procédure de passation se fait automatiquement pour une période de dix (10) jours ouvrables lors des phases ci-après de la procédure:
>
> a) Sur réception d'une réclamation ou d'un recours présenté en vertu du présent article avant la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions, afin de permettre au [insérer le nom de l'instance indépendante] de décider de prolonger ou non le délai et de prendre d'autres mesures concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection ou d'autres questions découlant de la procédure de préqualification ou de présélection; [Le Guide précisera dans quels cas l'ordonnance de report de la date limite suffit et dans quels cas l'organe de recours doit statuer au fond sur la réclamation ou le recours en plus d'ordonner le report de la date limite, s'agissant par exemple de déterminer si un fournisseur supplémentaire devrait être autorisé à participer à l'appel d'offres restreint ou si un fournisseur précédemment disqualifié devrait être admis à participer à la suite de la procédure de passation] et
>
> b) Sur réception d'une réclamation ou d'un recours présenté en vertu du présent article après la présentation des soumissions, dans les cas où

l'entité adjudicatrice n'applique pas de délai d'attente avant l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre.

3. (Le [insérer le nom de l'instance indépendante] est également autorisé, après l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre, à ordonner la suspension de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre pendant la durée de la procédure de recours s'il juge cette suspension nécessaire pour protéger les intérêts d'un fournisseur ou d'un entrepreneur ayant présenté une demande, une réclamation ou un recours conformément à l'article 61, aussi longtemps qu'il le juge nécessaire et compte tenu des facteurs énumérés au paragraphe 4 du présent article.)

4. La suspension automatique de la procédure de passation et la suspension de l'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre ne s'appliquent pas si:

a) Le [insérer le nom de l'instance indépendante] décide que la réclamation ou le recours sont manifestement dénués de fondement ou si le fournisseur ou entrepreneur qui les présente n'est pas fondé à le faire même sur la base d'une procédure simplifiée;

b) Le [insérer le nom de l'instance indépendante] décide que la suspension entraînera un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation; ou

c) Le [insérer le nom de l'instance indépendante] décide que des considérations urgentes d'intérêt général exigent que la procédure de passation, l'accord-cadre ou le marché, selon le cas, doivent se poursuivre.

5. Le [insérer le nom de l'instance indépendante] lève la suspension au moment où il donne notification de sa décision au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant soumis une demande, une réclamation ou un recours conformément à l'article 61 et aux autres participants à la procédure de passation s'il rejette la demande, la réclamation ou le recours."

47. Les questions suivantes ont été posées et les propositions suivantes formulées au sujet de ces dispositions:

a) Il fallait réexaminer la référence au terme "suspension automatique". À cet égard, il a été fait remarquer que les exceptions prévues au paragraphe 4 devraient être examinées et évaluées pour déterminer si une suspension était applicable conformément à la loi. Selon une autre interprétation, les exceptions signifiaient qu'il y aurait une suspension automatique mais qu'elle serait levée si l'instance indépendante prenait l'une quelconque des décisions visées au paragraphe 4 pendant la période de suspension de 10 jours;

b) Il faudrait réexaminer les dispositions pour ne pas donner l'impression que la suspension visée aux paragraphes 1 et 3 est automatique. Dans ce contexte, il a été proposé de reformuler le début du paragraphe 2 et d'inverser l'ordre des paragraphes 2 et 3;

c) Il faudrait supprimer l'alinéa b) du paragraphe 4. Il a été dit que l'instance indépendante n'aurait pas les moyens de déterminer pendant une suspension de courte durée si un préjudice était causé ni si celui-ci était disproportionné par rapport aux intérêts des différentes parties concernées. Il a aussi

été fait remarquer que la question du préjudice disproportionné pouvait être englobée dans la notion de "considérations urgentes d'intérêt général" prévue à l'alinéa c) du paragraphe 4. À cet égard, on a rappelé que l'article 56-1 de la Loi type de 1994 faisait lui aussi référence à un préjudice disproportionné, mais dans un contexte différent, puisqu'il n'exigeait pas de l'instance de recours qu'elle détermine l'existence ni l'étendue du préjudice;

d) Il faudrait préciser la relation entre l'article 61 *bis* (voir par. 67 à 69 ci-dessous) et le paragraphe 1 du texte proposé;

e) Il faudrait également préciser si les exceptions énumérées au paragraphe 4 étaient exhaustives ou non. On s'est notamment demandé s'il faudrait prévoir une suspension automatique dans les cas visés à l'article 20-3; et

f) Il faudrait déterminer si les dispositions devraient renvoyer aux demandes de réexamen.

48. Le Groupe de travail est convenu d'insérer le texte supplémentaire proposé à l'article 63 avec quelques révisions. Il est convenu de supprimer l'alinéa b) du paragraphe 4 et de noter dans le Guide que les dispositions supprimées seraient, dans la pratique, englobées dans l'exception des "considérations urgentes d'intérêt général". En réponse à la question de savoir si le terme "urgentes" était suffisant pour couvrir entièrement la portée de l'exception visée à l'alinéa b) du paragraphe 4, on a indiqué qu'il était suffisamment large pour couvrir non seulement la notion d'urgence dans le temps mais aussi la portée de l'intérêt général. On a noté qu'il fallait assurer la cohérence avec le libellé de l'alinéa c) de l'article 20-3, qui prévoyait la même exception (dans le contexte du délai d'attente). Le Groupe de travail est également convenu qu'une référence aux "considérations urgentes d'intérêt général" suffirait à couvrir les situations énoncées à l'article 20-3.

49. Le Groupe de travail est également convenu: a) d'ajouter les mots "dès réception d'une réclamation ou d'un recours" au début du paragraphe 1; b) de remplacer le mot "lever" par les mots "prolonger ou lever" dans la deuxième phrase du paragraphe 1; c) de déplacer les mots "pendant la durée de la procédure de recours" au début du paragraphe 3; d) de supprimer dans l'ensemble des dispositions les références à la suspension automatique et de les remplacer le cas échéant par un texte indiquant que "la passation est suspendue"; et e) de veiller à la cohérence de la présentation des dispositions concernant le déroulement dans le temps des mesures concernées.

50. En réponse à d'autres préoccupations formulées au sujet de ces dispositions, il a été souligné que ces dernières visaient à permettre une décision rapide sur la question de savoir si une suspension devait ou non être appliquée, même si le résultat était imparfait. On a reconnu qu'il pouvait y avoir d'autres raisons de ne pas appliquer une suspension que celles qui étaient expressément mentionnées, et qu'il faudrait les examiner dans la pratique. On a estimé que la principale protection contre les abus était l'obligation de consigner toutes les décisions portant sur une suspension et les raisons de ces décisions afin que le tribunal puisse les examiner. Le Groupe de travail a souligné que l'approche suivie en 1994 concernant la question de la suspension ne pouvait plus être appliquée dans la Loi type révisée, d'autant plus que les exceptions au droit de recours prévues à l'article 52-2 du texte de 1994 avaient été supprimées. On a noté que cette suppression entraînerait une

hausse sensible du nombre de réclamations et de recours, ce qui risquait de perturber considérablement la procédure de passation.

Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours visées aux articles [62 et 63]

51. Le Groupe de travail était saisi de la proposition suivante pour l'article 64:

"**Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours visées aux articles [62 et 63]**

1. Dès qu'elle reçoit une demande présentée en application de l'article [62], une réclamation présentée en application de l'article [63] ou un recours présenté en application de l'article [63] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice ou [insérer le nom de l'instance de recours] avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation de marché sur laquelle porte la demande, la réclamation ou le recours, ainsi que toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés, de la présentation de cette demande, de cette réclamation ou de ce recours et de son contenu.

2. Ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité publique ont le droit de participer à la procédure de réexamen ou de recours. Le fournisseur ou entrepreneur ou l'autorité publique qui n'y participe pas ne peut formuler par la suite de demande, de réclamation ou de recours du même type.

3. Les participants à la procédure de réexamen ou de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant qu'une décision ne soit rendue concernant la demande, la réclamation ou le recours, de se faire représenter et accompagner, de demander que la procédure soit publique et de produire des preuves, y compris des témoins.

4. Lorsqu'[une autorité de tutelle ou] le [insérer le nom de l'instance indépendante] est saisi, l'entité adjudicatrice lui fournit en temps voulu tous les documents relatifs à la demande, à la réclamation ou au recours, y compris le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

5. Une copie de la décision de l'entité adjudicatrice, de l'autorité de tutelle ou de [insérer le nom de l'instance indépendante] est communiquée aux participants à la procédure de recours dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision a été rendue. Immédiatement après, la demande, la réclamation ou le recours et la décision s'y rapportant sont mis à la disposition du public.

6. Aucune information visée aux paragraphes 3 à 5 du présent article n'est divulguée et aucune procédure n'est publique si ces mesures vont à l'encontre de la protection d'intérêts essentiels de l'État, sont contraires aux lois, en compromettent l'application, portent préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuisent à la concurrence loyale.

7. La décision prise par l'entité adjudicatrice[, l'autorité de tutelle] ou [insérer le nom de l'instance de recours] et les raisons et circonstances de

l'adoption de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation du marché."

Titre

52. Il a été convenu que le titre se lirait: "Certaines règles applicables aux demandes de réexamen visées à l'article 62 et aux procédures de recours visées à l'article 63".

Paragraphe 1

53. Il a été convenu de modifier le paragraphe afin d'indiquer expressément que l'instance saisie de la demande de réexamen ou de la procédure de recours était celle qui devait s'acquitter de l'obligation de notification visée dans ce paragraphe.

54. On s'est interrogé sur la référence à "toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés". En réponse, il a été noté que le paragraphe 2 conférait à ces autorités publiques le droit de participer à la procédure de réexamen ou de recours et que celles-ci devraient donc être avisées de la procédure pour pouvoir se prévaloir de ce droit. Cependant, il a également été noté que la Loi type ne devrait pas régir les communications entre les organes de l'État et qu'il vaudrait donc mieux traiter cette question dans le Guide. À l'issue du débat, il a été convenu de supprimer ces mots du paragraphe et de réserver à la question un examen approprié dans le Guide.

55. Il a été demandé si l'entité adjudicatrice serait avisée de la procédure de la même manière que les fournisseurs ou entrepreneurs. Il a été convenu que l'entité adjudicatrice devrait bénéficier des mêmes droits d'information et de participation que les fournisseurs ou entrepreneurs et que cela devrait être mentionné comme il se doit dans ce paragraphe et dans le paragraphe 2. Une suggestion selon laquelle l'entité adjudicatrice devrait pouvoir présenter une demande à l'instance indépendante d'une manière autre que celle prévue à l'article 63-6, au paragraphe 36 ci-dessus, n'a pas été retenue par le Groupe de travail.

Paragraphe 2

56. Compte tenu de la suppression des mots "toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés" au paragraphe 1 (voir par. 54 ci-dessus), il a été convenu de remplacer, à la première phrase du paragraphe 2, les mots "cette autorité publique" par les mots "toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés".

57. Il a été noté qu'un fournisseur ou entrepreneur averti de la demande de réexamen ou de la procédure de recours n'avait pas automatiquement le droit d'introduire un recours en vertu de l'article 61-1. Il a donc été convenu d'expliquer dans le Guide le lien entre l'article 64-2 et l'article 61-1.

Paragraphe 5

58. On s'est interrogé sur la référence au fait qu'une copie de la décision était communiquée à l'entité adjudicatrice ou à l'instance indépendante, car cela supposait une procédure bureaucratique d'envoi de notifications individuelles. Il a donc été suggéré de préciser que la décision devrait être signifiée aux fournisseurs,

entrepreneurs et autres organes concernés; il a également été observé que ces organes devraient être tous ceux qui participaient à la procédure de passation de marché et pas seulement à la procédure de réexamen ou de recours, et que l'entité adjudicatrice ne pouvait conclure le marché avant que cette notification ait lieu. Ces suggestions ont été approuvées et on a noté également que des modifications seraient apportées afin d'assurer la cohérence avec les articles 62 et 63 pour ce qui est de la notification des décisions (voir par. 33 ci-dessus).

Article 65. Suspension de la procédure de passation de marché, de l'accord-cadre ou du marché

59. Le Groupe de travail était saisi de la proposition suivante pour l'article 65:

"**Article 65. Suspension de la procédure de passation de marché, de l'accord-cadre ou du marché**

1. Dès la présentation en temps voulu d'une réclamation ou d'un recours en application de l'article [63] de la présente Loi, le [insérer le nom de l'instance de recours] suspend la procédure de passation de marché, l'accord-cadre ou le marché pendant une période qu'il détermine, sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article.

2. Le [insérer le nom de l'instance de recours] ne suspend pas la procédure de passation s'il décide que la réclamation ou le recours sont manifestement dénués de fondement.

3. Le [insérer le nom de l'instance de recours] peut lever la suspension appliquée conformément au paragraphe 1 du présent article s'il décide que celle-ci entraînera ou a entraîné un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs, ou que des considérations urgentes d'intérêt général exigent que la procédure de passation de marché, le marché ou l'accord-cadre se poursuivent.

4. Le [insérer le nom de l'instance de recours] peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur qui présente une demande, une réclamation ou un recours ou engage une action [en justice] dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai imposé à l'entité adjudicatrice[, l'autorité de tutelle] ou [insérer le nom de l'instance de recours] pour rendre une décision conformément à l'article [62 ou 63], selon le cas, plus une période suffisante pour permettre à un fournisseur ou entrepreneur d'interjeter appel de la décision de l'entité adjudicatrice[, l'autorité de tutelle] ou [insérer le nom de l'instance de recours].

5. La suspension et la durée de celle-ci ou la décision de [insérer le nom de l'instance de recours] de ne pas suspendre la procédure de passation de marché, le marché ou l'accord-cadre, selon le cas, sont incluses dans l'avis de présentation de la réclamation ou du recours émis conformément à l'article [64-1] de la présente Loi, qui est communiqué sans délai par [insérer le nom de l'instance de recours] au fournisseur ou entrepreneur qui a présenté la réclamation ou le recours.

6. Toute décision concernant une prolongation de la suspension, indiquant la durée de cette prolongation, ou toute décision de lever la suspension et toutes les autres décisions prises par [insérer le nom de l'instance de recours] en application du présent article, ainsi que leurs motifs, sont communiqués sans délai à tous les participants à la procédure.

7. La suspension, la durée de la suspension et toute décision prise par [insérer le nom de l'instance de recours] conformément au présent article ainsi que leurs raisons et circonstances sont versées au procès-verbal de la procédure de passation du marché."

60. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à supprimer l'exigence de suspension automatique de la procédure de recours devant une instance indépendante. À l'appui de cette proposition, il a été observé que les droits des fournisseurs seraient suffisamment protégés si l'entité adjudicatrice voyait sa capacité de conclure le marché limitée comme le prévoit l'article 62-3 (voir par. 30 ci-dessus; pour un examen plus approfondi de la question, voir le débat sur l'article 61 *bis* aux paragraphes 67 à 69 ci-dessous). On a également estimé qu'une suspension automatique serait une solution fastidieuse et rigide, qui permettrait aux fournisseurs de présenter des demandes abusives retardant inutilement la procédure de passation de marché. Il a été souligné en outre qu'une suspension automatique risquait de nuire gravement à la procédure de passation de marché et que les fournisseurs seraient en mesure d'exercer de fortes pressions sur l'entité adjudicatrice, ce qui aurait d'importantes conséquences économiques. Il a été expliqué que, de ce point de vue, une suspension ne serait exigée que dans des circonstances exceptionnelles, avec la garantie qu'aucun marché ne pourrait entrer en vigueur tant que durait la procédure de recours. Les garanties figurant aux paragraphes 2 et 3 ont été jugées inadéquates. Il a été noté que l'instance indépendante devrait avoir le pouvoir de se prononcer elle-même sur une demande de suspension dont elle était saisie, après avoir entendu les deux parties si nécessaire. À cet égard, il a été souligné qu'il incomberait au fournisseur ou à l'entrepreneur de montrer pourquoi une suspension devrait être accordée.

61. Cette solution a soulevé des objections et un système de suspension fondée sur la présomption a été vivement conseillé. On a expliqué qu'on entendait dans ce contexte qu'une suspension initiale serait décidée pour une période courte et limitée et qu'une autre suspension pourrait être refusée, ou la suspension initiale levée, pour des motifs tels que ceux énoncés aux paragraphes 2 et 3. On a fait observer que cette solution serait en accord avec le texte de 1994 et renforcerait l'efficacité de la procédure de recours, qui en fin de compte perturberait moins la procédure de passation, parce qu'elle éviterait d'annuler des étapes de cette dernière si une décision contre l'entité adjudicatrice était finalement rendue. En outre, il a été souligné qu'une solution économique et facile à mettre en œuvre (telle que celle proposée ici) fournirait aux fournisseurs le degré adéquat d'incitation à présenter des réclamations. Un autre argument en faveur de cette solution était qu'au moment initial de la présentation du recours, le fournisseur ou entrepreneur n'aurait qu'une idée superficielle de ce qui avait mal tourné dans la procédure de passation de marché et ne pourrait fonder sa réclamation que lorsque le procès-verbal serait mis à sa disposition. On a répondu à cela qu'il fallait se garder de donner aux fournisseurs les moyens d'utiliser un tel mécanisme pour aller à la pêche aux motifs de recours.

62. Une autre suggestion était que, comme l'instance indépendante était tenue d'agir dès la présentation d'une réclamation, elle ne doive suspendre la procédure de passation dans aucune des circonstances envisagées aux paragraphes 2 et 3. On a ajouté que ces circonstances pouvaient aussi justifier de lever toute suspension accordée durant la procédure de recours, ce que l'instance indépendante pourrait décider à tout moment.

63. Le Groupe de travail était saisi des propositions suivantes concernant les principes qui pourraient constituer la base d'un projet d'article 65 révisé:

a) En prévoyant à la fois un délai d'attente et une interdiction de l'entrée en vigueur du marché tant que la réclamation n'était pas réglée, on couvrirait de nombreuses situations susceptibles de se présenter;

b) Les questions relatives à la période précédant le début du délai d'attente, aux cas où il n'y avait pas de délai d'attente (envisagés à l'article 20-3) et à ce qui se passait une fois que le marché était entré en vigueur, exigeraient peut-être des dispositions supplémentaires;

c) Ces dispositions supplémentaires pourraient comporter une forme de suspension fondée sur la présomption;

d) Sur le plan pratique, une fois que l'entité adjudicatrice avait décidé d'attribuer le marché, le délai d'attente et une suspension automatique offriraient les mêmes garanties;

e) Si, dans le cadre d'une passation, des considérations justifiaient de ne pas imposer de délai d'attente, une suspension automatique ou autre ne conviendrait pas non plus;

f) Si une réclamation était présentée pendant le délai d'attente, en supposant qu'elle pourrait l'être généralement vers la fin de celui-ci, une suspension automatique serait effectivement requise pour donner effet à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché tant que la réclamation n'était pas réglée. À cet égard, on a souligné qu'il fallait veiller à ce que les dispositions donnent réellement les moyens d'exercer les droits prévus dans le présent chapitre, ce qui dans certains cas impliquerait de prévoir une suspension automatique pour empêcher l'entrée en vigueur du marché;

g) Il fallait tenir compte du risque qu'un marché soit suspendu pour une période prolongée pendant que la réclamation était examinée par les différentes instances. Même si l'entité adjudicatrice pouvait demander à l'instance indépendante de l'autoriser à conclure le marché pour des motifs urgents d'intérêt général en vertu de l'article 63-6 figurant au paragraphe 36 du présent rapport (remplacé ultérieurement par l'article 61 *bis*-2, voir par. 67 à 69 ci-dessous) et probablement présenter une requête similaire au tribunal, on a fait remarquer que les passations de marché où des considérations urgentes d'intérêt général n'entraient pas en compte pourraient être retardées pendant de longues périodes. À cet égard, on a ajouté que l'entité adjudicatrice pourrait abandonner la passation et recommencer la procédure si elle estimait que c'était la meilleure solution, et qu'il ne fallait donc pas nécessairement limiter la marge de manœuvre des instances de recours;

h) La souplesse conférée par l'article 63 (concernant notamment les pouvoirs octroyés à l'instance indépendante) ne devrait pas être limitée par des dispositions trop strictes à l'article 65-1; il fallait notamment déterminer si ledit article devait être souple sur la question de la suspension;

i) Le paragraphe 1 pourrait prévoir le droit de l'instance indépendante de décider d'une suspension, en tenant compte de l'objet du marché et d'autres conditions de celui-ci.

64. Il a été noté qu'une fois approuvées les dispositions de l'article 65, il faudrait examiner les articles 62 à 65 et les remanier si nécessaire, pour éviter les répétitions et faire en sorte que toutes les dispositions s'appliquant aux demandes de réexamen présentées en vertu de l'article 62 soient regroupées, de même que toutes celles s'appliquant à la procédure de recours visée à l'article 63. À cet égard, on s'est demandé si la suspension de la procédure de recours devait faire l'objet d'un article distinct.

65. Les dispositions de l'article 65 ont été examinées plus avant dans le contexte des nouvelles dispositions qu'il est proposé d'inclure à l'article 63 (voir par. 46 à 50 ci-dessus). Compte tenu des modifications qu'il a été décidé d'apporter à ces nouvelles dispositions de l'article 63 (voir par. 48 et 49 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de supprimer les paragraphes 4 et 5 de l'article 65 et de déplacer à l'article 63 les dispositions des paragraphes 6 et 7 de l'article 65, en y apportant s'il y a lieu les modifications résultant des délibérations de la présente session.

Article 66. Recours judiciaire

66. On a dit qu'il faudrait s'assurer de la cohérence des références au recours judiciaire et aux autorités judiciaires dans l'ensemble du chapitre VIII.

Article 61 bis. *Effet d'une demande de réexamen, d'une demande de recours ou d'un appel*

67. Le Groupe de travail était saisi de la proposition suivante pour un nouvel article 61 *bis*:

"Article 61 *bis*. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande de recours ou d'un appel

1. Lorsque l'entité adjudicatrice, le [insérer le nom de l'instance indépendante] ou l'autorité judiciaire reçoit en temps voulu une demande de réexamen, une demande de recours ou un appel (dénommés collectivement "recours" dans le présent chapitre), l'entité adjudicatrice ne peut conclure de marché ni d'accord-cadre découlant de la procédure de passation concernée tant que l'entité adjudicatrice, le [insérer le nom de l'instance indépendante] ou l'autorité judiciaire n'a pas terminé d'examiner le recours. Cette interdiction reste en vigueur jusqu'à ce qu'une période suffisamment longue se soit écoulée après que la décision concernant le recours a été notifiée à tous les participants à la procédure de passation, conformément à l'article [64-...], pour permettre l'appel de cette décision.

2. L'entité adjudicatrice peut demander par écrit au [insérer le nom de l'instance indépendante] de l'autoriser à conclure un marché ou un

accord-cadre malgré l'interdiction visée au paragraphe 1 du présent article pour les motifs mentionnés à l'article [63-4 a) à c)]. Le [insérer le nom de l'instance indépendante] peut, après avoir examiné la demande, autoriser l'entité adjudicatrice à prendre les mesures nécessaires à l'entrée en vigueur du marché dans les circonstances énoncées à l'article [63-4 a) à c)]. La décision du [insérer le nom de l'instance indépendante] concernant cette demande est versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché. Elle est notifiée sans délai à tous les participants à la procédure de passation de marché."

68. Les questions et suggestions suivantes ont été formulées concernant cet article:

a) Au paragraphe 1, les mots "ou l'autorité judiciaire" étaient-ils appropriés ou nécessaires et, dans l'affirmative, devaient-ils aussi figurer au paragraphe 2?

b) Ces dispositions présupposaient-elles que la décision serait toujours défavorable aux fournisseurs et qu'un appel était donc inévitable?

c) Le commentaire du Guide accompagnant le paragraphe 2 devrait mentionner explicitement qu'il serait encore possible de faire appel au tribunal contre la décision de l'instance indépendante concernant une demande présentée en vertu de ce paragraphe;

d) Au paragraphe 1, il faudrait réexaminer le membre de phrase "pour permettre l'appel de cette décision" et indiquer plus clairement qu'il s'agit ici du temps nécessaire pour faire appel et non de celui nécessaire à l'examen de l'appel par l'instance indépendante ou le tribunal;

e) Cet article devrait préciser comment l'interdiction prendrait fin dans la pratique, par exemple à la suite du dépôt d'un appel;

f) Les mots "suffisamment longue" devraient être réexaminés car ils pourraient donner à penser qu'il est possible de faire appel durant une longue période, alors que l'idée est ici de fixer un délai bref; il a été proposé de laisser aux États adoptants le soin préciser le délai applicable (et d'indiquer dans le Guide qu'il devrait être de un à huit jours ouvrables);

g) Les dispositions devraient être révisées afin d'éviter qu'une suspension trop longue et indéterminée ne découle du principe par défaut énoncé à la première phrase du paragraphe 1. La suspension couvrirait toute la période durant laquelle le recours est examiné, que ce soit par l'entité adjudicatrice, l'instance indépendante ou le tribunal; et

h) Les mots "à tout moment" devraient être ajoutés avant le verbe "demander", à la première phrase du paragraphe 2.

69. Le Groupe de travail est convenu de réviser l'article 61 *bis* comme suit:

"Article 61 *bis*. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande de recours ou d'un appel

1. Lorsque l'entité adjudicatrice, le [insérer le nom de l'instance indépendante] ou l'autorité judiciaire, selon le cas, reçoit en temps voulu une demande de réexamen, une demande de recours ou un appel (dénommés collectivement "recours" dans le présent chapitre), l'entité adjudicatrice ne

peut conclure de marché [ni d'accord-cadre] découlant de la procédure de passation concernée. L'interdiction visée dans le présent article prend fin à l'expiration d'un délai de [...] jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision a été notifiée à tous les participants à la procédure de passation conformément aux articles [62-5] et [63-4].

2. L'entité adjudicatrice peut à tout moment demander par écrit au [insérer le nom de l'instance indépendante] ou à l'autorité judiciaire, selon le cas, de l'autoriser à conclure le marché [ou l'accord-cadre] pour les motifs mentionnés à l'article [63-4 a) et b)]. Après avoir examiné la demande, le [insérer le nom de l'instance indépendante] peut autoriser l'entité adjudicatrice à conclure le marché [ou l'accord-cadre] s'il estime que de telles circonstances existent. La décision du [insérer le nom de l'instance indépendante] est versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et notifiée sans délai [conformément à l'article [...]] à tous les participants à la procédure de passation de marché."

Conclusions concernant le chapitre VIII

70. On a noté que la proposition s'écartait de la solution retenue dans le texte de 1994, qui prévoyait une suspension automatique des procédures portées devant l'entité adjudicatrice et devant l'instance indépendante. On s'est déclaré préoccupé par le fait que cette nouvelle solution concernant la réglementation des procédures de suspension visées aux articles 62 et 63 n'était pas souhaitable, étant donné qu'elle déboucherait sur un double système de recours qui nuirait à l'incitation à tenter de régler les différends en s'adressant d'abord à l'entité adjudicatrice. On s'est également inquiété du fait que, le recours à l'entité adjudicatrice étant facultatif, il fallait s'attendre à ce qu'un plus grand nombre de recours soient introduits directement auprès de l'instance indépendante dans le cadre envisagé, ce qui créerait des problèmes de capacités. À cet égard, on s'est demandé si une brève période de suspension automatique des procédures portées devant l'entité adjudicatrice permettrait de rétablir efficacement l'équilibre.

71. En réponse, on a fait observer que l'incitation à tenter de régler les différends en s'adressant d'abord à l'entité adjudicatrice était toujours présente car cette solution présentait des avantages du point de vue de l'efficacité et de l'entretien de bonnes relations entre les parties. Il a également été dit que le rôle de l'entité adjudicatrice dans la procédure de recours était différent de celui de l'instance indépendante, puisqu'elle était la partie dont les décisions étaient en cause et que, connaissant toutes les circonstances de l'affaire, elle était mieux placée qu'une instance indépendante pour connaître des différends. En outre, donner à l'entité adjudicatrice le pouvoir de décider s'il fallait appliquer ou non une suspension était entièrement conforme à l'approche prévue dans la Loi type. On a ajouté que ces dispositions n'excluaient pas que l'entité adjudicatrice puisse appliquer une suspension, elles lui donnaient simplement une plus grande souplesse qu'à l'instance indépendante.

72. Les propositions d'inclure à l'article 62 des dispositions prévoyant une suspension automatique, même brève, ont suscité des objections. On a dit préférer énoncer dans le Guide une variante qui pourrait être retenue par les États adoptants souhaitant prévoir la suspension automatique des procédures de passation lorsqu'une demande de réexamen était soumise à l'entité adjudicatrice. Il a

également été noté que le Guide pourrait mentionner que, dans certains pays, les décisions susceptibles de recours pourraient être prises par l'autorité de tutelle et qu'il ne serait donc peut-être pas souhaitable de donner à l'entité adjudicatrice toute latitude pour suspendre la procédure de passation.

73. Il a été convenu que, même si la solution retenue dans le chapitre VIII était conservée, le Guide soulignerait les préoccupations exprimées et proposerait des variantes aux États adoptants qui pourraient envisager d'adopter des dispositions différentes de celles du texte pour tenir compte en particulier de la pratique des banques multilatérales de développement. On a souligné qu'il importait de veiller à ce que l'entité adjudicatrice examine de manière sérieuse et efficace toute demande de réexamen, quelle que soit la solution retenue.

B. Chapitre II. Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3)

Article 24. Méthodes de passation des marchés, note accompagnant l'article

74. Il a été suggéré d'ajouter dans la note de bas de page accompagnant l'article 24 que les États adoptants voudraient peut-être prévoir que le recours à certaines méthodes de passation de marchés doit être approuvé par une autorité supérieure. La référence à l'approbation d'une autorité supérieure devrait donc être supprimée de certaines dispositions de la Loi type. Cette suggestion a été appuyée et il a été proposé que le texte pertinent de la note de bas de page s'inspire de la première phrase de l'article 27-2 et de la note 5 qui l'accompagne.

75. Il a également été suggéré de supprimer de la Loi type et du Guide toute référence à l'approbation d'une autorité supérieure. On a souligné les conséquences négatives que l'exigence d'une approbation par une autorité supérieure pourrait avoir sur la procédure de passation de marchés, telles que des retards et des motifs supplémentaires de contestation.

76. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné cette question. L'objection à l'inclusion de références à l'approbation d'une autorité supérieure dans le texte de la Loi type ailleurs qu'aux articles 20, 27-2 et 27-5 e) a été réitérée.

77. Il a été proposé en particulier d'inclure à la fin de la note de bas de page le texte suivant: "Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation d'une autorité supérieure désignée. À ce propos, voir le Guide pour l'incorporation (A/CN.9/…)." Cette suggestion n'a suscité aucune objection. Il a également été convenu d'expliquer dans le Guide qu'avec la décentralisation de la passation de marchés survenue dans de nombreux systèmes, le recours à l'approbation d'une autorité supérieure était moins fréquent et pourrait ne plus être nécessaire. Il a également été dit que l'exigence de l'approbation par une autorité supérieure pourrait être particulièrement inadaptée dans certaines circonstances, notamment en cas de recours à l'appel d'offres en deux étapes, dans le contexte des conditions précises d'utilisation de cette méthode de passation, et dans certains cas de sollicitation d'une source unique (par exemple dans les situations urgentes). On a fait observer que le Guide devrait attirer l'attention des États adoptants sur ce point.

78. Des préoccupations ont été exprimées à propos du passage de la note faisant référence à l'"appel d'offres ouvert". Il a été convenu que ce passage devrait être modifié comme suit: "mais il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offre ouvert".

Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

79. Il a été dit que les conditions d'utilisation des méthodes de passation de marchés étaient souples et que le Guide devrait mettre l'accent sur le principe de la concurrence maximale énoncé à l'article 25. Il a été souligné que ce principe serait utilisé comme motif de contestation du choix d'une méthode de passation de marché.

80. Il a été proposé d'expliquer dans le Guide que le principe de "concurrence maximale" aurait une signification différente en fonction des diverses méthodes de passation (par exemple, dans le contexte de l'enchère, on pourrait soutenir qu'un nombre maximal d'enchérisseurs serait un bon moyen d'assurer une concurrence maximale, ce qui ne serait pas le cas dans le contexte d'une demande de propositions avec dialogue).

Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

81. Il a été suggéré de refléter le contenu de la note de bas de page 2 dans le Guide. Cette suggestion n'a suscité aucune objection.

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)

82. En ce qui concerne la note de bas de page 8, on a appuyé la proposition tendant à prendre en compte les dispositions du paragraphe 2 d) également au paragraphe 1, comme condition justifiant le recours à l'appel d'offres en deux étapes. Dans ce contexte, on a rappelé les dispositions pertinentes du texte de 1994 (art. 19-1 d)). La préoccupation a été exprimée qu'en n'incluant ces dispositions qu'au paragraphe 2, on donnerait à penser que la demande de propositions avec dialogue est l'option par défaut en cas d'échec d'un appel d'offres ouvert. Cette crainte a été largement partagée au sein du Groupe de travail, et il a été convenu que les modifications proposées éviteraient de donner cette impression erronée.

83. En réponse à cette préoccupation, il a également été suggéré de formuler les dispositions du paragraphe 2 d) sous la forme d'un principe général et de les inclure dans l'article 25, étant entendu qu'en cas d'échec d'une procédure d'appel d'offres ouvert, l'entité adjudicatrice pourrait recourir à n'importe quelle méthode de passation pour autant que les conditions d'utilisation soient réunies. On s'est demandé si ces dispositions (jugées redondantes par certaines délégations) étaient nécessaires.

84. Il a également été suggéré d'inclure les dispositions concernées dans l'article 27, de sorte que l'entité adjudicatrice ait le choix entre toutes les méthodes

de passation énumérées dans cet article. On s'est inquiété que cette approche donnerait à l'entité adjudicatrice le pouvoir de recourir automatiquement à la procédure de sollicitation d'une source unique en cas d'échec de la procédure d'appel d'offres ouvert. On s'est également demandé si le recours à la négociation avec appel à la concurrence et à la demande de propositions avec négociations consécutives serait approprié dans ces circonstances.

85. Une autre suggestion a été de supprimer les dispositions du paragraphe 2 d) et d'expliquer uniquement dans le Guide les conséquences d'un échec de l'appel d'offres ouvert.

86. On s'est dit opposé à la suppression de ces dispositions, jugées essentielles pour justifier le recours à des méthodes de passation plus souples en cas d'échec de l'appel d'offres ouvert. À cet égard, il a été expliqué qu'elles énonçaient une condition supplémentaire du recours à la demande de propositions avec dialogue et à l'appel d'offres en deux étapes, condition qui ne s'appliquerait que si la procédure d'appel d'offres ouvert échouait, et sans laquelle ces méthodes souples ne pourraient pas être utilisées dans ces circonstances.

87. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions du paragraphe 2 d) devraient figurer également au paragraphe 1, étant entendu que l'appel d'offre en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue sont des options en cas d'échec de l'appel d'offres ouvert, mais pas les seules. Il était entendu que l'entité adjudicatrice serait tenue de déterminer les raisons de l'échec de la procédure d'appel d'offres ouvert et de décider s'il était possible de remédier à cette situation de sorte qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert puisse avoir lieu ou, si cela était impossible, de déterminer si la passation de marché devait être tout simplement abandonnée ou s'il convenait de recourir à une autre méthode de passation. Il a été convenu que le Guide devrait expliquer pourquoi des dispositions du paragraphe 2 d) avaient été répétées au paragraphe 1 de l'article 27.

88. Le Groupe de travail est convenu de remplacer à la fin du paragraphe 4 b) le mot "et" par le mot "ou".

89. S'agissant du paragraphe 5, il a été dit que le Guide devrait engager l'entité adjudicatrice à ne pas décrire l'objet du marché d'une manière qui limiterait artificiellement le marché à une source unique, et un pays a fait part de son expérience du recours à des descriptions fonctionnelles à cette fin.

Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère

90. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de certaines questions soulevées à propos de la définition du terme "enchère" jusqu'à ce qu'il se penche sur l'article 2 (Définitions).

Article 29. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

91. Il a été estimé qu'il était préférable d'utiliser le mot "indéterminée" plutôt que le mot "récurrente" dans le paragraphe 1 a). Cette suggestion n'a suscité aucune objection.

92. Des avis ont été exprimés pour et contre la suggestion figurant dans la note de bas de page 21, tendant à inclure une condition générale permettant le recours aux

accords-cadres dans d'autres conditions que celles énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1.

93. Le Groupe de travail a décidé de conserver ces dispositions en l'état. Il a noté qu'il était utile de recourir aux accords-cadres pour les achats centralisés, qui dans de nombreux pays s'étaient avérés être un moyen efficace de garantir l'économie et l'efficacité de la passation de marchés, et que le Guide expliquerait que le libellé actuel tenait bien compte des achats centralisés.

C. Chapitre III. Appel d'offres ouvert (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3)

94. Le Groupe de travail a noté qu'il fallait apporter dans ce chapitre et aux chapitres suivants d'importantes modifications découlant de celles qu'il avait été convenu d'apporter au chapitre VIII. Il a également noté que, dans la mesure où le permettait la diversité des différentes méthodes de passation, il fallait assurer dans l'ensemble de la Loi type la cohérence des dispositions exigeant que l'entité adjudicatrice fournisse une information "pour autant qu'elle soit connue", dans le dossier de sollicitation ou ce qui en tient lieu.

Article 37. Examen et évaluation des offres

95. S'agissant de la note de bas de page 61, la suppression du paragraphe 8 a été appuyée, étant donné que les questions de confidentialité étaient traitées dans un autre article (l'article 22 du projet actuel). Cette suggestion n'a pas suscité d'objection.

D. Chapitre IV. Procédures d'appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.4)

Article 41. Demande de propositions sans négociation

96. Il a été suggéré de remplacer le titre de l'article par l'expression "Appel d'offres à deux enveloppes". Le Groupe de travail a rappelé que ce titre avait été proposé dans les versions précédentes mais qu'il avait été jugé incorrect et pas assez neutre d'un point de vue technologique.

E. Chapitre V. Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.5)

Article 43. Demande de propositions avec dialogue

97. Au paragraphe 3 b), il a été proposé d'ajouter à l'expression "concurrence véritable" le mot "maximale". Il a été décidé que les dispositions devraient demeurer en l'état.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives

98. Il a été convenu d'utiliser le terme "classement" (*ranking*) dans cet article. Le Groupe de travail a confirmé en outre qu'il était entendu que cette méthode de passation de marché ne comporterait pas de présélection, pour les raisons énoncées dans la note de bas de page 22.

99. S'agissant des dispositions figurant dans la note de bas de page 21, qu'il était proposé d'inclure dans le Guide, il a été dit que le Guide devrait présenter d'abord les avantages qu'il y avait à utiliser cette méthode de passation de marché dans les conditions appropriées et ensuite les moyens de réduire les risques liés à son utilisation. Il a été noté que la même façon de procéder devrait être suivie pour décrire les autres méthodes de passation de marché visées dans la Loi type. Il a également été proposé de souligner dans le Guide que la demande de propositions avec négociations consécutives était fréquemment utilisée dans les situations envisagées par la Loi type.

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence

100. Le Groupe de travail est convenu d'inclure dans le paragraphe 3 des dispositions interdisant toute négociation après la présentation des meilleures offres définitives, inspirées des dispositions similaires figurant à l'article 43-12. Il a été dit que certains pays permettaient la tenue de négociations après la présentation des meilleures offres définitives mais le Groupe de travail a considéré que ce n'était pas une bonne pratique. Il a été noté que le Guide devrait apporter des précisions sur ce point.

F. Chapitre VI. Enchères (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.6)

Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère

101. En ce qui concerne le paragraphe 1 l), plusieurs délégations ont indiqué que la pratique de leur pays n'était pas de limiter le nombre d'enchérisseurs. Il a été dit que les contraintes technologiques qui existaient il y a quelques années, lorsque le Groupe de travail avait examiné pour la première fois les dispositions pertinentes, avaient généralement disparu. Il a cependant été convenu de conserver les dispositions du paragraphe 1 l) et les dispositions correspondantes du paragraphe 2, peut-être entre parenthèses, en précisant que les États adoptants pouvaient envisager de les omettre s'ils les jugeaient inutiles dans les circonstances actuelles.

102. Il a été dit que, si ces dispositions étaient conservées, leur libellé pourrait être simplifié de manière à limiter le nombre des enchérisseurs suivant l'ordre de présentation des offres.

103. Ces dispositions ont été conservées en l'état, étant entendu que d'autres procédures et critères limitant le nombre d'enchérisseurs pourraient s'appliquer.

104. S'agissant du paragraphe 1 q), il a été dit qu'il ne serait pas toujours possible d'établir au début de la procédure de passation de marché les critères de clôture de l'enchère, qui seraient plutôt établis ultérieurement, lorsque seraient connus le nombre d'enchérisseurs inscrits à l'enchère et d'autres éléments influant sur le

déroulement de l'enchère (tels que le lieu de sa tenue et le nombre de tours). Il a été dit qu'il serait bon que la législation exige que les critères généraux soient définis au début de la procédure de passation, les critères spécifiques pouvant être définis ultérieurement.

105. Le Groupe de travail a confirmé qu'il considérait que la Loi type prévoirait deux types d'enchères: les enchères simples et les enchères plus complexes pouvant comporter un examen ou une évaluation préalable des offres initiales. Il a été suggéré de parler d'"enchères préalables" plutôt que d'"enchères initiales" mais cette suggestion a été retirée ensuite, compte tenu de la nécessité d'assurer la cohérence des termes utilisés dans l'ensemble du texte (notamment à l'article 42-2, ou il est question d'offres initiales).

106. Le Groupe de travail a entendu divers arguments justifiant la nécessité de l'examen et de l'évaluation préalables des offres initiales, notamment le fait que dans certaines enchères plus complexes, on ne pouvait commencer à enchérir avant que le classement ne soit établi et les informations pertinentes communiquées aux enchérisseurs comme le prévoit le paragraphe 4 c). Il a également été noté que dans les enchères plus complexes, les offres initiales reçues pourraient dépasser de beaucoup les exigences minimales, en particulier lorsque les fournisseurs seraient autorisés à proposer des articles ayant différentes valeurs techniques et donc différents niveaux de prix.

G. Chapitre VII. Procédures d'accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.7)

Article 53. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

107. S'agissant des dispositions de l'article 53-1 a), une préférence a été exprimée en faveur du maintien des dispositions figurant dans la deuxième paire de crochets. Cette proposition a été appuyée et il a été proposé de modifier le libellé afin de préciser qu'une référence à la durée maximale d'un accord-cadre fermé ne devrait pas nécessairement empêcher qu'il y ait plus d'un maximum pour l'ensemble des accords-cadres. Il a été dit que la durée maximale pouvait varier non seulement en fonction de l'objet du marché mais aussi de la région ou du secteur économique, selon les circonstances spécifiques de l'État adoptant.

108. Une autre suggestion était de conserver le libellé figurant dans la première paire de crochets et de fixer une durée maximale précise indiquant aux États adoptants ce qui devrait être considéré comme la pratique optimale. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la question précédemment et qu'il avait été convenu de ne pas fixer de maximum précis dans la Loi type, étant entendu qu'il serait impossible d'en fixer un pour tous les types de passation de marché.

109. Il a également été dit qu'au lieu de fixer un maximum dans les textes législatifs ou réglementaires, la Loi type devrait prévoir un mécanisme permettant d'adapter les accords-cadres fermés de longue durée à l'évolution des besoins du marché. Il a été répondu qu'on pouvait considérer qu'un tel mécanisme souple se trouvait dans le libellé figurant dans la deuxième paire de crochets ou qu'on pourrait envisager de l'inclure dans le texte même des accords-cadres.

110. Il a également été suggéré de remplacer le contenu de la deuxième paire de crochets par un libellé tel que "la durée maximale fixée par le présent État" ou "la

durée maximale fixée conformément aux dispositions de la législation du présent État". Il a été répondu qu'il était considéré comme une pratique optimale de conserver dans les textes législatifs et réglementaires relatifs aux marchés publics toutes les dispositions législatives relatives à la passation de marchés.

111. La question était donc de savoir si les dispositions pertinentes devraient figurer dans la législation relative à la passation de marchés ou dans la réglementation pertinente. L'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail était que la question devrait être traitée uniquement dans les règlements en matière de passation des marchés, qui offraient davantage de souplesse pour tenir compte de la situation interne de l'État adoptant à un moment précis. Il était entendu que cette solution ne perturbait pas la hiérarchie des actes juridiques de l'État adoptant et ni les méthodes utilisées pour assurer la cohérence du cadre juridique. Il a été dit que le Guide pourrait alors expliquer l'incidence d'autres branches de la législation, telles que celles touchant le budget de l'État, sur les dispositions des règlements en matière de passation de marché régissant la durée maximale des accords-cadres fermés.

112. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver sans crochets le texte figurant dans la deuxième paire de crochets et de fournir dans le Guide les explications nécessaires sur la nécessité de tenir compte des dispositions d'autres branches de la législation, telles que celles relatives au budget de l'État, en fixant la durée maximale des accords-cadres fermés.

Article 56. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

113. Le Groupe de travail est convenu que le texte entre crochets au paragraphe 4 b) x) devrait être supprimé pour les raisons indiquées à la note de bas de page 28.

Article 57. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'un accord-cadre

114. Il a été dit que le commentaire du Guide accompagnant la première phrase de cet article devrait mentionner la possibilité de modifier les produits ou de changer de technologie.

H. Chapitre premier. Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1 et 2)

Article 2. Définitions

a) Enchère

115. En réponse aux commentaires selon lesquels la définition ne couvrait que certains types d'enchères, le Groupe de travail a confirmé que la Loi type ne devrait réglementer que les enchères électroniques inversées où l'entité adjudicatrice agissait en tant qu'acheteur et où des offres de plus en plus basses étaient présentées. Il a été convenu que les dispositions de la Loi type resteraient inchangées à cet égard mais que le Guide pourrait examiner d'autres types d'enchères existant dans la pratique et expliquer pourquoi la décision avait été prise à la CNUDCI de ne pas les réglementer dans la Loi type.

116. Des préoccupations ont également été exprimées à propos de l'utilisation du terme "enchère" dans le projet actuel au lieu du terme "enchère électronique inversée" utilisé dans les versions antérieures. On a souligné que cette modification créerait des difficultés dans les États qui avaient déjà adopté une législation utilisant l'ancienne terminologie. En outre, il a été dit que l'utilisation du terme "enchère" pouvait prêter à confusion dans la mesure où il pouvait donner l'impression qu'il s'agissait d'enchères traditionnelles, qui ne portaient habituellement que sur le prix et présupposaient la présence physique des enchérisseurs. La crainte que le terme utilisé précédemment ne soit pas techniquement neutre a été jugée infondée puisque la Loi type ne portait que sur les enchères en ligne.

117. Le Groupe de travail a décidé de rétablir le terme "enchère électronique inversée" dans le texte.

118. Il a été proposé que la définition fasse référence à une caractéristique jugée propre à cette technique d'achat: la possibilité de consulter les offres soumises au cours de l'enchère. À ce sujet, il a été dit que l'absence de cette possibilité durant l'enchère serait un motif de contestation car elle dénoterait une absence de transparence et d'intégrité dans le processus. On a répondu que les informations communiquées concernant les offres varieraient d'une enchère à l'autre et qu'elles étaient régies par l'article 50. Le Groupe de travail a rappelé qu'il s'était déjà penché sur la prévention de la collusion et la nécessité de préserver la confidentialité des informations commerciales sensibles.

119. Il a été convenu que la définition resterait inchangée à l'exception de la modification qu'il avait été convenu d'apporter au terme utilisé (voir par. 117 ci-dessus).

e) Procédure d'accord-cadre

120. Il a été convenu de conserver dans le texte de la Loi type les alinéas i) à v), qui donnent des indications utiles sur cette procédure récemment introduite.

i) Passation de marché mettant en jeu des informations classifiées

121. L'idée d'inclure dans le Guide le contenu de la note de bas de page 14 a été appuyée.

m) Politiques socioéconomiques

122. La définition figurant dans le texte a été appuyée.

123. Il a été proposé et convenu de ne pas inclure dans le Guide le premier passage entre parenthèses de la note de bas de page 21.

124. Une question a été soulevée à propos de la deuxième phrase de la note de bas de page 22, qui faisait référence aux coûts que pouvait entraîner la poursuite de politiques socioéconomiques. Il a été noté qu'il valait mieux que cette question, politiquement sensible, soit examinée par la Commission.

p) Délai d'attente

125. Il a été proposé de modifier la définition en précisant à partir de quel moment courrait le délai d'attente et en indiquant qu'aucun marché ni aucun accord-cadre ne pourrait être attribué pendant ce délai.

126. En réponse, le libellé suivant a été proposé: "Le terme 'délai d'attente' désigne le délai commençant lorsque l'avis visé à l'article 20-2 de la présente Loi est expédié, pendant lequel l'entité adjudicatrice ne peut conclure le marché et les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été examinée peuvent introduire un recours contre la décision communiquée en vertu des articles 62, 63 et 66."

127. Il a été convenu que les mots "dont la soumission a été examinée" devraient être supprimés du texte proposé et que la définition devrait faire référence à l'acceptation de la soumission à retenir plutôt qu'à la conclusion du marché. Il a été convenu que le groupe des fournisseurs pouvant introduire un recours pendant le délai d'attente devrait être précisé dans l'article 20-2 et les dispositions pertinentes du chapitre VIII plutôt que dans la définition, et que la cohérence devrait être assurée sur ce point dans l'ensemble de la Loi type.

128. Le Groupe de travail est convenu de modifier la définition comme suit: "Le terme 'délai d'attente' désigne le délai commençant lorsque l'avis visé à l'article 20-2 est expédié conformément aux dispositions de cet article, pendant lequel l'entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission à retenir et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours contre la décision communiquée en vertu du chapitre VIII de la présente Loi."

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

129. Il a été proposé d'ajouter à la fin de la note de bas de page 43 un commentaire qui sera ultérieurement pris en compte dans le Guide, indiquant que les banques multilatérales de développement, en particulier, ne permettaient pas de limiter la participation à une passation de marchés sur la base de la nationalité, sauf dans un petit nombre de cas relevant notamment du droit international public. On a noté qu'au lieu de cela, les banques n'exigeraient pas de sollicitation internationale dans certaines procédures de passation de marchés mais qu'une participation internationale ne serait pas exclue en tant que telle.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

130. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre parenthèses du paragraphe 4 a) et le texte entre crochets du paragraphe 4 b).

131. On a souligné qu'il importait d'expliquer dans le Guide le lien entre les dispositions sur les marges de préférence figurant à l'alinéa b) et celles sur les politiques socioéconomiques, et en particulier l'effet cumulatif qu'elles pourraient avoir.

Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

132. Le Groupe de travail est convenu de ce qui suit:

a) Conserver sans crochets les références aux “prix du marché” et au “prix” actuellement entre crochets dans l’ensemble du chapitre premier et veiller à leur cohérence;

b) Aligner le texte du paragraphe 2 c) sur les dispositions du chapeau du paragraphe 2 afin d’assurer que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission recevront l’avis visé au paragraphe 2;

c) Conserver les dispositions sur la valeur seuil figurant dans le paragraphe 3 b);

d) Supprimer le texte entre crochets figurant dans le paragraphe 3 c), compte tenu des modifications qu’il a été convenu d’apporter au chapitre VIII, afin d’empêcher l’entité adjudicatrice de s’abstenir d’appliquer le délai d’attente pour des motifs injustifiés.

133. On a noté des préoccupations concernant les dispositions des paragraphes 6 et 8 de l’article 20 et les dispositions connexes de l’article 17-1, en particulier du fait qu’elles pouvaient laisser entendre qu’un contrat écrit distinct était la norme dans toutes les méthodes de passation de marchés. Il a été dit qu’une telle indication associée à la possibilité d’annuler la passation, si le fournisseur ne signait pas le contrat, pouvait donner lieu à des abus (comme le recours inapproprié à des méthodes de passation de marchés autres que l’appel d’offres ouvert). En réponse, il a été noté que l’article 17-3 contenait déjà des garanties appropriées. Il a été convenu de souligner dans le Guide que le dossier de sollicitation ne devrait prévoir un contrat écrit que si cela était strictement nécessaire.

Article 22. Confidentialité

134. Le Groupe de travail est convenu de conserver sans crochets le texte proposé entre crochets au paragraphe 1.

135. Il a été noté que le même libellé apparaissait entre crochets dans d’autres dispositions de la Loi type, notamment à l’article 23-4 a), et il a été convenu qu’il serait également conservé sans crochets dans ces dispositions.

Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

136. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 1 f) pour les raisons indiquées dans la note de bas de page 47, en particulier parce que la question était déjà traitée de manière adéquate au paragraphe 1 e).

V. Questions diverses

137. Le Groupe de travail a rappelé que la pratique de la CNUDCI était de distribuer le texte final recommandé par ses groupes de travail à tous les gouvernements et aux organisations internationales pertinentes pour commentaire. Il a été noté que cette pratique serait suivie pour le projet de loi type issu de la session en cours, et il était prévu que les commentaires reçus seraient présentés à la Commission à sa quarante-quatrième session, l’an prochain. On a souligné qu’aucune modification ne serait apportée au projet de loi type après sa distribution pour commentaire et avant son examen par la Commission.

138. Il était entendu qu'à sa vingtième session le Groupe de travail se concentrerait sur la révision du projet de guide. Le Groupe de travail a pris note des efforts faits pour lui présenter un avant-projet du guide à sa prochaine session puis soumettre la version modifiée à la Commission l'an prochain afin de l'aider à examiner le projet de loi type révisée. Des consultations intersessions étaient prévues à cette fin. On a souligné que la Commission ne devrait pas adopter le Guide à sa prochaine session. En principe, elle disposerait de cinq à huit jours pour examiner le projet de loi type révisée, mais cette estimation pouvait être modifiée en fonction des circonstances.

139. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté l'examen de plusieurs questions dans le Guide et que les décisions prises à leur sujet devraient être maintenues sauf s'il les annulait lors d'un examen ultérieur. On a également rappelé qu'il avait été convenu d'inclure dans le Guide de nouvelles sections sur les questions de planification et d'administration des marchés, un glossaire et un tableau récapitulant les correspondances avec la Loi type de 1994. Il était entendu que, faute de temps, il ne serait pas possible de préparer un Guide élargi destiné aux personnes chargées de la mise en application ou aux utilisateurs finaux, et que le Guide serait donc destiné aux législateurs.

140. Il a été convenu de réduire autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire article par article; lorsqu'elles étaient inévitables, il fallait veiller à la cohérence. Il a été convenu que l'importance relative des deux sections devrait être examinée avec soin. Le Secrétariat a été prié de suivre les lignes directrices suivantes pour préparer la version révisée du Guide: a) établir un texte initial de l'introduction générale du Guide, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la Loi type révisée devrait être adoptée dans leur pays; b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la Loi type de 1994 et les raisons de ces modifications; c) distribuer en même temps ou à peu près un projet de texte du Guide se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé; d) veiller à ce que le texte se lise bien et soit aisément compréhensible pour les parlementaires non spécialistes de la passation de marchés; tout débat théorique doit donc y être évité; et e) traiter avec prudence les questions politiques sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix. Pour accélérer la révision du Guide, le Secrétariat a en outre été prié de distribuer aux experts et aux délégations intéressées, afin qu'ils fassent leurs observations dès que possible, les parties du Guide déjà disponibles, notamment celles sur la passation de marchés en ligne et les accords-cadres, que le Groupe de travail avait déjà examinées.

141. Pour ce qui est de publier la Loi type avec le Guide, diverses possibilités ont été examinées, dont l'utilisation de moyens électroniques. On a suggéré de recourir à des fonctions telles que des hyperliens reliant les dispositions pertinentes pour rendre plus commode le maniement de la version électronique de la Loi type et du Guide. Il a été noté qu'il fallait absolument permettre l'utilisation immédiate de certaines dispositions de la Loi type, notamment celles sur la passation de marchés en ligne, les accords-cadres et les voies de droit. On a donc souligné qu'il fallait finaliser en premier lieu le texte du Guide accompagnant ces dispositions, qui pourrait être publié au moins sur le site Web de la CNUDCI.

142. Le Groupe de travail a noté que certaines questions pouvant faire l'objet de travaux futurs de la CNUDCI dans le domaine des partenariats public-privé et de la passation de marchés responsable avaient été portées à l'attention du Secrétariat. On

a également noté que la Commission voudrait peut-être examiner les mesures à prendre pour assurer la cohérence entre la Loi type révisée et les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé.

143. Le Groupe de travail a entendu la déclaration d'un représentant de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) sur la pertinence des travaux du Groupe de travail par rapport à ceux que l'ONUDC et les mécanismes intergouvernementaux créés en vertu de la Convention des Nations Unies contre la corruption effectuaient concernant la prévention de la corruption dans la passation de marchés publics. Il a noté qu'à sa première réunion, prévue à Vienne du 13 au 15 décembre 2010, le groupe de travail de la Conférence des États parties sur la prévention de la corruption examinerait notamment des questions liées à la passation de marchés publics et aux conflits d'intérêts. Le représentant de l'ONUDC a invité les délégations et observateurs du Groupe de travail à participer à cette session.

B. Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.I/WP.75 et Add.1 à 8)

[Original: anglais]

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 8 à 91 du document A/CN.9/WG.I/WP.74, dont le Groupe est saisi à sa dix-neuvième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes dans la passation des marchés publics.

2. Faute de temps lors de sa dix-huitième session, le Groupe de travail n'a pas été en mesure d'examiner la totalité du projet de loi type révisée contenu dans le document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.1 à 8. Il a prié le Secrétariat de réviser, à la lumière de ses délibérations, les chapitres VI et VIII ainsi que certaines dispositions des chapitres V, VII, I et II qui ont été examinées lors de la session.

3. On trouvera, dans la présente note, la table des matières du projet de loi type révisée qui, lui-même, figure dans les additifs (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1 à 8). Les chapitres VI et VIII et certaines dispositions des chapitres V, VII, I et II ont été révisés pour tenir compte des délibérations du Groupe de travail à sa dix-huitième session. Les dispositions de la section II du chapitre II et des chapitres III et IV qui n'ont pas été examinées à la dix-huitième session du Groupe de travail ont été révisées plus avant par le Secrétariat à la lumière des modifications qu'il a été convenu jusqu'à présent d'apporter à la Loi type.

4. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail devrait poursuivre l'examen des chapitres VIII et II révisés et passer ensuite aux chapitres régissant les procédures pour différentes méthodes de passation. Il est prévu que le chapitre I soit abordé après l'examen d'autres chapitres.

5. Conformément à la décision adoptée lors de la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 280) et confirmée lors de ses sessions suivantes, les documents de la session du Groupe sont affichés sur le site Web de la CNUDCI, à mesure qu'ils sont disponibles dans les différentes versions linguistiques.

Table des matières

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES **Articles 1 à 23 *bis***	**CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES**	
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application	Révisions de l'article premier de la Loi type de 1994 convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 16 et 17); modifications supplémentaires apportées à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 17)
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions	Révisions de l'article 2 de la Loi type de 1994 convenues aux quinzième, dix-septième et dix-huitième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 272 à 274; A/CN.9/687, par. 19 à 29; et A/CN.9/690, par. 96 à 111); propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 51 à 74); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Révisions de l'article 3 de la Loi type de 1994 convenues à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 75 à 78)
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Révisions de l'article 4 de la Loi type de 1994 faites à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 31 et 32)
Article 5. Publication des textes juridiques	Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés	Projet d'article 5 tel que le Groupe de travail l'a approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), à l'exception de son paragraphe 3, qui fait l'objet de l'article 6 (voir ci-dessous) Le projet d'article ainsi révisé a été approuvé par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 32). Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 115)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir (**nouvelles dispositions**)		Dispositions fondées sur le projet d'article 5, paragraphe 3, tel que le Groupe de travail l'a approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 30 à 34), et tel qu'il a été révisé à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 37 et 38) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 80 à 87)
Article 7. Communications dans la passation des marchés	A remplacé l'article 9. Forme des communications	Article 5 *bis* tel que le Groupe de travail l'a approuvé à titre préliminaire à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 17 à 25) et tel qu'il a été proposé de le réviser à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 121 à 143)
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 40 à 42) Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 118 à 120)
Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	Article 6. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 73 à 76 et 109, et A/CN.9/687, par. 43 à 50); modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 121 et 122)
Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre	Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 77 à 81) et propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 144 à 148); modifications proposées par le Secrétariat à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 51 et 52). Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 124)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation (**nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994**)	Articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3 (ont servi de base aux nouvelles dispositions)	Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 82 à 87); propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 149 à 174); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 53 à 62)
Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché (**nouvelles dispositions**)		Il est proposé d'ajouter de nouvelles dispositions compte tenu des suggestions des experts. Elles se fondent sur les dispositions équivalentes de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (article II.2 et 3 de la version de 1994 et article II.6 de la version de 2006); révisées par le Secrétariat à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 63 à 66)
Article 13. Règles concernant la langue des documents	Article 17. Langue Article 29. Langue des offres	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 88 et 169)
Article 13 *bis*. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions (**nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994**)	Articles 7-3 a) iv) et 30-2 à 4	Proposées par le Secrétariat
Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Le Secrétariat propose de déplacer l'article du chapitre III au chapitre I. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 130)
Article 15. Garanties de soumission	Article 32. Garanties de soumission	Tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 91); modifications mineures proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 16. Procédure de préqualification	Article 7. (Procédure de présélection) ainsi que dispositions sur la présélection dans les articles 23, 24 et 25	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 93 à 110; et A/CN.9/687, par. 72 à 76) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 177 et 178);

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
		modifications mineures proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 131)
Article 17. Abandon de la passation de marché	Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix	Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 111 à 117) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 179 à 208) et convenues à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 77 à 81); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 132 à 134)
Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses (**nouvelles dispositions**)		Fondé sur l'article 12 *bis* tel qu'il a été convenu à titre préliminaire par le Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/640, par. 44 à 55) et sur des propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 209 à 212); modifications mineures proposées par le Secrétariat
Article 19. Exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la procédure de passation du marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts	Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	Conflits d'intérêts (A/CN.9/664, par. 116) Une délégation a proposé un nouveau paragraphe 1 pour cet article; révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 121 à 125; et A/CN.9/687, par. 83 à 90); propositions faites à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 213 à 222); modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché	Article 13. Entrée en vigueur du marché Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	Délai d'attente (A/CN.9/664, par. 45 à 55 et 72) Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 126 à 145; et A/CN.9/687, par. 91 à 98) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 223 à 247); modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 138)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre	Article 14. Publication des avis d'attribution de marché	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 146 à 148; et A/CN.9/687, par. 99 et 100) et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 139)
Article 22. Confidentialité	Articles 45, 48-7 et 49-3	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 149 à 152; A/CN.9/687, par. 101 à 103) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 248 à 266); et modifications proposées par le Secrétariat. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 140 à 142)
Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché	Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Révisions examinées aux neuvième (A/CN.9/595, par. 49), onzième (A/CN.9/623, par. 100), douzième (A/CN.9/640, par. 90 et 91), quinzième (A/CN.9/668, par. 153 à 157) et dix-septième sessions (A/CN.9/687, par. 104 à 106) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 267 à 280); et modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 143)
Article 23 *bis*. Code de conduite (**nouvelles dispositions**)		Proposées par le Secrétariat; sur la base des dispositions du projet d'article 4-2 dont le Groupe de travail a été saisi à sa dix-septième session. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 144 et 145) et suite aux consultations tenues avec des experts
CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ **Articles 24 à 29 *quinquies***	**CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES**	Projet d'article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation (WP.69/Add.1) Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 39 à 70; et A/CN.9/687, par. 107 à 131) et à la quarante-deuxième session de la Commission (A/64/17, par. 88 à 120) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 146 à 155)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Section I. **MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES** **Articles 24 à 29 *bis***		Chapitre II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES, articles 24 à 29, tels que contenus dans le document WP.71/Add.2 et examinés par le Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 107 à 131). Compte tenu de l'introduction de nouvelles dispositions, sur les méthodes de sollicitation et les conditions de leur utilisation dans le chapitre, le Secrétariat a proposé de diviser le chapitre en deux sections.
Article 24. Méthodes de passation des marchés (**nouvelles dispositions**)		Proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts à l'automne 2009 Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 107 à 109). Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 146)
Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché	Article 18. Méthodes de passation des marchés	Projet d'article 7-1, 7-2 et 7-8 du document WP.69/Add.1, tel qu'examiné par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 40 à 45 et 69); Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 110 à 112)
Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)	Articles 20, 21 et 42	Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 113 à 119)
Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)	Article 19-1	Concernant la nouvelle méthode de passation (demande de propositions avec dialogue), voir par. 1 d'un nouvel article 40 proposé par les délégations de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni, examiné à la seizième session du Groupe de travail (A/CN.9/672, par. 32 à 37) et révisé dans le document A/CN.9/XLII/CRP.2, par. 5 a)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
		Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 120 à 129) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 149 à 155)
	Article 19-2	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/687, par. 120 à 129). Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 154 et 155)
	Article 22	Projet d'article 7-7 du document WP.69/Add.1, tel qu'examiné par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 51 à 64) et par la Commission à sa quarante-deuxième session (A/64/17, par. 119) Révision qu'il a été convenu d'apporter à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 131)
Article 28. Conditions d'utilisation d'une enchère (**nouvelles dispositions**)		Projet d'article 41-1 du document WP.69/Add.4, tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa quinzième session (A/CN.9/668, par. 216) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts
Article 29. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre (**nouvelles dispositions**)		Supprimé du chapitre sur les procédures d'accord-cadre du projet examiné par le Groupe de travail à sa quinzième session (art. 49) (A/CN.9/668, par. 226 à 229)
Section II. **SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ** **Articles 29 *bis* à 29 *quater*** (**nouvelles dispositions**)		Nouvelles dispositions proposées par le Secrétariat à la lumière des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session
Article 29 *bis*. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché reposant sur une enchère		

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 29 *ter*. Sollicitation et avis de passation de marché dans le cadre de l'appel d'offres restreint, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique		
Article 29 *quater*. Sollicitation dans le cadre de la procédure de demande de propositions		
CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT **Articles 30 à 38**	**CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES**	Telles qu'examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 159 à 166, et 170 à 182; et A/CN.9/687, par. 132 à 158) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée et aux consultations tenues avec des experts
	L'article 23 a été supprimé compte tenu de la nouvelle définition proposée pour le terme "passation de marché national".	
Articles 30 à 33	Articles 24 à 27, modifiés en conséquence	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 161 à 166; et A/CN.9/687, par. 132 à 139) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
	L'article 28 (Clarification et modification du dossier de sollicitation) a été déplacé et inséré au chapitre I (voir ci-dessus). L'article 29 (Langue des offres) a été supprimé et ses dispositions fusionnées avec celles de l'article 13 proposé (Règles concernant la langue des documents) au chapitre I (Dispositions générales) afin qu'elles s'appliquent à toutes les méthodes de passation	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 169)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Articles 34 et 35	Articles 30 et 31, modifiés en conséquence	Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 170 à 172) Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 175 et 176; et A/CN.9/687, par. 140 à 144) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et au nouvel article 13 *bis* proposé, et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
	L'article 32 (Garanties de soumission) est devenu l'article 15 (Garanties de soumission) et a été inséré au chapitre I (Dispositions générales) afin de s'appliquer à toutes les méthodes de passation (voir ci-dessus).	
Articles 36 à 38	Articles 33 à 35, modifiés en conséquence	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 177 à 182; et A/CN.9/687, par. 145 à 158) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
	L'article 36 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché) est devenu l'article 20 et a été inséré au chapitre I (Dispositions générales) afin de s'appliquer à toutes les méthodes de passation.	

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
CHAPITRE IV. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LA DEMANDE DE PRIX ET LA DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION **Articles 39 à 41**	Chapitre IV, article 42 et autres dispositions pertinentes; et chapitre V, articles 47 et 50	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 183 à 201; et A/CN.9/687, par. 159 à 181) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 202 à 208) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
Article 39. Appel d'offres restreint	Article 47. Appel d'offres restreint	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 183 à 192; et A/CN.9/687, par. 159 à 169) Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la nouvelle section II du chapitre II (voir ci-dessus)
Article 40. Demande de prix	Article 50. Demande de prix	Révisions convenues aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 202 à 208; et A/CN.9/687, par. 170 à 172)
Article 41. Demande de propositions sans négociation	Article 42. Procédure de sélection sans négociation et autres dispositions pertinentes du chapitre IV. Méthode principale pour la passation des marchés de services	Révisions examinées aux quinzième et dix-septième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 193 à 201; et A/CN.9/687, par. 173 à 181)
CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, LES NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET LA SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE **Articles 42 à 46**	Chapitre IV, articles 43 et 44 et autres dispositions pertinentes; chapitre V, articles 46, 48, 49 et 51	Révisions examinées aux quinzième, dix-septième et dix-huitième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 209 à 212; A/CN.9/687, par. 182 à 210; et A/CN.9/690, par. 17 à 37) Révisions examinées à la seizième session du Groupe de travail (A/CN.9/672) Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus) et suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 42. Appel d'offres en deux étapes	Article 46. Appel d'offres en deux étapes	Révisions examinées à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 182 à 191) Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la nouvelle section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus)
Article 43. Demande de propositions avec dialogue	Articles 43 et 48	Nouvel article proposé par les délégations de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France et du Royaume-Uni, examiné aux quinzième et seizième sessions du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 210 et 211, et A/CN.9/672, par. 32 à 37). Voir aussi la proposition révisée dans le document A/CN.9/XLII/CRP.2 Révisions de l'article examiné à la dix septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 192 à 208) Modifications proposées par le Secrétariat compte tenu de la section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus) et suite aux changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 20 à 23)
Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives	Article 44. Procédures de sélection avec négociations consécutives	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts. Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 24 à 32)
Article 45. Négociations avec appel à la concurrence	Article 49. Négociations avec appel à la concurrence	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu de la section II du chapitre II nouvellement proposée (voir ci-dessus). Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 33 à 35)
Article 46. Sollicitation d'une source unique	Article 51. Sollicitation d'une source unique	Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 36 et 37)

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
CHAPITRE VI. ENCHÈRES **Articles 47 à 51 (nouvelles dispositions)**		Projets d'articles 22 *bis* et 51 *bis* à *septies* (voir A/CN.9/WG.I/WP.59, A/CN.9/WG.I/WP.61, par. 17, et A/CN.9/640, par. 56 à 89), remplacés ensuite par les articles 43 à 48 dans le document WP.69/Add.4 examinés à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 213 à 222) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 38 à 51)
CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES **Articles 52 à 57 (nouvelles dispositions)**		Projets d'articles 22 *ter* et 51 *octies* à *quindecies* (voir A/CN.9/WG.I/WP.62 et A/CN.9/664, par. 75 à 110), remplacés ensuite par les projets d'articles 48 à 55 du document WP.69/Add.4, examinés à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 223 à 255; révisions convenues aux paragraphes 230 à 233 et 239 à 255; autres révisions examinées aux paragraphes 226 à 229 et 235 à 237) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée Révisé plus avant à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 52 à 65)
Les articles 58 à 60 ne sont pas utilisés dans le présent projet.		
CHAPITRE VIII. RECOURS **Articles 61 à 66**	Chapitre VI. Recours	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 74) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 259 à 262, 267 et 268) Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 264 et 267 b))

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
		Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 66 à 93) et aux consultations tenues avec des experts et compte tenu des changements les plus récents apportés au projet de loi type révisée
Article 61. Droit de recours	Article 52. Droit de recours	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 19 à 27) À sa quinzième session, le Groupe de travail a approuvé le projet d'article sans modification (A/CN.9/668, par. 257) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 66 à 69) et aux consultations tenues avec des experts
Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou devant l'autorité de tutelle	Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 28 à 33) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 259 et 260) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 69 et 70 et 85 à 88) et aux consultations tenues avec des experts
Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante	Article 54. Recours administratif	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 34 à 58) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 262) Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 263 et 264) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 71 à 73 et 85 à 88) et aux consultations tenues avec des experts

Article de la Loi type révisée	Dispositions correspondantes de la Loi type de 1994	Nouvelles dispositions examinées ou devant être examinées par le Groupe de travail
Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu des articles [62 et 63]	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 59 et 60) Révisions convenues à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 267 et 268) Révisions examinées à la quinzième session du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 267 b)) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 74 à 76 et 85 à 88) et aux consultations tenues avec des experts
Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché, de l'accord-cadre ou du marché	Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché	Révisions examinées à la quatorzième session du Groupe de travail (A/CN.9/664, par. 61 à 73) Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 77 à 88) et aux consultations tenues avec des experts
Article 66. Recours judiciaire	Article 57. Recours judiciaire	Modifications proposées par le Secrétariat suite aux révisions faites à la dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 89 à 93)

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le préambule et les articles 1 à 13 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;

b) Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés[1] sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

---

[1] Texte modifié conformément au paragraphe 94 du document A/CN.9/690.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application[2]

La présente Loi s'applique à toutes les passations de marchés publics.

Article 2. Définitions[3]

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "délai d'attente"[4] désigne le délai précédant l'entrée en vigueur du marché, pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs dont la soumission a été examinée peuvent introduire un recours contre la décision de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir à l'expiration de ce délai;

b) Le terme "documentation de préqualification" désigne la documentation émise par l'entité adjudicatrice qui énonce les conditions de la procédure de préqualification conformément à l'article [16] de la présente Loi[5];

c) Le terme "dossier de sollicitation" désigne le dossier émis par l'entité adjudicatrice, y compris les modifications qui y sont apportées[6], dans lequel sont énoncées les conditions de la passation de marché concernée;

d) Le terme "enchère"[7] désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent au cours d'une période déterminée des enchères de plus en plus basses faisant l'objet d'une évaluation automatique[8];

e) Le terme "entité adjudicatrice" désigne:

i) *Option I*

---

[2] Le Guide précisera que les États confrontés à une crise économique et financière pourraient exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur) (A/CN.9/668, par. 63).

[3] Le présent article sera complété, dans le Guide pour l'incorporation révisé, par un glossaire plus complet des termes utilisés dans la Loi type.

[4] Définition révisée conformément aux paragraphes 109 et 110 du document A/CN.9/690.

[5] La définition est conservée sans crochets conformément au paragraphe 100 du document A/CN.9/690.

[6] Le Guide expliquera les différentes significations de ce terme en fonction des différentes méthodes de passation. En ce qui concerne les modifications, il renverra aux dispositions pertinentes de la Loi type, comme les projets d'articles 13 *bis*, 14, 42 et 43.

[7] Ce terme, plus neutre qu'"enchère électronique inversée", est utilisé dans le texte actuel conformément au paragraphe 39 a) du document A/CN.9/690 et aux commentaires formulés pendant les consultations intersessions.

[8] La dernière partie a été ajoutée pour que la définition contienne toutes les caractéristiques principales de l'enchère inversée.

Tout département, organisme, organe ou autre service public, toute subdivision de l'un d'entre eux ou tout groupement de plusieurs d'entre eux[9], qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement" ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'État adoptant), toute subdivision de l'un d'entre eux ou tout groupement de plusieurs d'entre eux[10], qui passe des marchés, sauf...; (et)

ii) (L'État adoptant peut ajouter au présent sous-alinéa et, si nécessaire, dans de nouveaux sous-alinéas, d'autres entités ou entreprises, ou catégories d'entités ou d'entreprises, à inclure dans la définition de l'"entité adjudicatrice");

f) Le terme "fournisseur ou entrepreneur" désigne, selon le contexte, toute personne susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l'entité adjudicatrice ou y participant effectivement;

g) Le terme "garantie de soumission"[11] désigne une garantie que l'entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs et qui lui est donnée pour assurer l'exécution de toute obligation visée à l'article [15-1 f)] de la présente Loi. Il englobe des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d'une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, il ne désigne pas une garantie de bonne exécution du marché;

h) Le terme "marché" désigne un contrat ou des contrats[12] conclus entre l'entité adjudicatrice et un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) à la suite de la procédure de passation de marché;

(...)[13]

---

9 Disposition modifiée conformément aux paragraphes 102 et 103 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que la passation de marché peut être réalisée par des groupes ou consortiums d'entités adjudicatrices, l'ensemble pouvant être pris collectivement comme une seule "entité adjudicatrice". Il signalera en outre que dans certains pays, pour assurer une responsabilité politique, même lorsque plusieurs entités adjudicatrices s'associent, l'une d'elles reste l'entité principale. Le Guide mentionnera aussi le cas d'un consortium d'entités adjudicatrices de différents États, dans lequel une entité adjudicatrice d'un État, en sa qualité d'entité principale, est l'agent des entités des autres États.

10 Ibid.

11 Le Guide expliquera, pour la version anglaise, que si la Loi type emploie "tender security" (garantie de soumission) comme étant la terminologie courante dans le contexte considéré, elle ne sous-entend pas pour autant que ce type de garantie peut être exigé uniquement dans l'appel d'offres ("tendering" en anglais). Il précisera également que cette définition ne doit pas être comprise comme permettant à l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées.

12 Le Guide expliquera que l'emploi du pluriel "contrats" vise notamment les cas d'allotissement d'un marché dans le cadre de la même procédure de passation. À cet égard, il renverra aux dispositions de la Loi type précisant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être autorisés à présenter des soumissions ne portant que sur une partie de l'objet du marché (par exemple l'article 33 g) du présent projet).

i) Le terme “monnaie” englobe les unités de compte monétaires;

j) Le terme “passation de marché” désigne l’acquisition[14] de biens, de travaux ou de services (l’“objet du marché”)[15];

k) Le terme “passation de marché national” désigne une passation de marché limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l’article [8] de la présente Loi;

l) Le terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées”[16] désigne une passation de marché pour laquelle les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État peuvent autoriser l’entité adjudicatrice à prendre des mesures spéciales et à imposer des prescriptions spéciales pour protéger ces informations, y compris à déterminer quelles dispositions de la présente Loi exigeant l’information du public ne s’appliqueront pas[17];

m) Le terme “passation de marché public” désigne une passation de marché menée par une entité adjudicatrice[18];

---

13 La définition du terme “modification substantielle” a été supprimée conformément aux paragraphes 96 à 98 du document A/CN.9/690. Lors des consultations intersessions, l’avis qui a prévalu a été que la définition devrait être supprimée et que les dispositions pertinentes devraient indiquer l’étendue des modifications autorisées dans le contexte spécifique, comme cela a été fait aux articles 42 et 43 du projet actuel.

14 Texte modifié conformément au paragraphe 101 du document A/CN.9/690. Le Guide précisera que la définition englobe l’acquisition par voie d’achat mais aussi par voie de location (en se fondant sur la définition de termes équivalents figurant à l’article I-2 de l’Accord sur les marchés publics (AMP) de l’OMC (version de 1994) et à l’article II-2 b) du texte révisé de l’AMP adopté à titre provisoire (version de 2006), ce dernier mentionnant “l’achat, le crédit-bail et la location ou location-vente, avec ou sans option d’achat”).

15 En ce qui concerne cette définition, le Guide reprendra les définitions des termes “biens”, “travaux” et “services” du texte de 1994 (art. 2 c) à e)).

16 Le Guide expliquera que le terme “informations classifiées” vise les informations désignées comme telles par un État adoptant, conformément au droit national applicable, et qu’il n’est pas question dans la disposition de laisser à l’entité adjudicatrice la liberté d’élargir cette définition. Le Guide expliquera également que ce terme est compris dans de nombreux États comme désignant les informations dont l’accès est limité par la législation ou la réglementation à certaines catégories de personnes et qu’il ne vise pas seulement la passation dans les secteurs où les “informations classifiées” sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également la passation dans tout autre secteur où la loi peut interdire la divulgation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé (par exemple, passation de marchés de vaccins lors d’une pandémie pour éviter la panique) ou dans le cas de recherches et d’expériences sensibles dans le domaine médical. Les exceptions aux règles de transparence pouvant donner lieu à des abus, le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander dans le Guide que les questions relevant du traitement des “informations classifiées” soient abordées dans la législation pour en assurer un contrôle approprié par le législateur.

17 Le Guide notera que cette définition, lorsqu’elle est employée dans la Loi type, est complétée par la disposition énoncée dans l’article relatif au dossier et au procès-verbal de la procédure de passation de marché exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l’entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de la procédure afin de protéger les informations classifiées, comme les exceptions aux obligations d’information du public.

18 Le Guide renverra aux définitions de “passation de marché” et d’“entité adjudicatrice”.

n) Le terme "politiques socioéconomiques"[19, 20] désigne les politiques environnementales, sociales, économiques et autres du présent État dont les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État[21] autorisent ou obligent l'entité adjudicatrice à tenir compte dans la procédure de passation de marché. (L'État adoptant peut développer le présent alinéa en fournissant une liste indicative de ces politiques)[22];

o) Le terme "procédure[23] d'accord-cadre" désigne une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord:

i) Le terme "accord-cadre" désigne un accord ou des accords conclus entre l'entité adjudicatrice et le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) une fois la première étape de la procédure d'accord-cadre achevée;

ii) Le terme "accord-cadre fermé'' désigne un accord-cadre auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n'y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement;

iii) Le terme "accord-cadre ouvert" désigne un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) peu(ven)t ultérieurement devenir partie(s);

iv) Le terme "procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape" désigne une procédure d'accord-cadre ouvert ou fermé avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur dans laquelle certaines conditions de la

---

19 Il a été suggéré, pendant les consultations intersessions, d'ajouter le terme "publiques" ou de le substituer au terme "socioéconomiques" dans cette définition. Si l'utilisation de l'expression "politiques socioéconomiques publiques" a recueilli un certain soutien, la formule "politiques publiques" a été jugée très large par rapport au but recherché. D'autres formules sont utilisées dans des textes théoriques, telles que "politiques secondaires", "politiques horizontales" et "considérations horizontales".

20 Le Groupe de travail est convenu de reconsidérer la nécessité de définir ce terme (A/CN.9/690, par. 120 v)).

21 Texte modifié conformément au paragraphe 106 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que les dispositions ne se veulent pas ouvertes mais visent à englober uniquement les politiques énoncées dans la législation de l'État adoptant et celles qui peuvent découler de règles internationales, telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU. Elles visent à assurer que les politiques socioéconomiques (qui pourraient inclure des mesures politiques ainsi que les politiques énumérées dans le paragraphe) a) ne sont pas déterminées au cas par cas par l'entité adjudicatrice, et b) sont appliquées à tous les achats publics afin que leurs coûts et avantages soient visibles. Si un ou des organes ont compétence pour promulguer des politiques socioéconomiques dans un État adoptant, le Guide notera qu'ils devraient agir en respectant ces exigences (et ne pas permettre, par exemple, d'abus tels que l'adoption de politiques au coup par coup ou le favoritisme).

22 Le Guide contiendra une liste indicative de ces politiques, semblable à celle figurant à l'article 34-4 c) iii) de la Loi type de 1994. Il décrira également les coûts que le recours à de telles politiques peut entraîner pour la passation, et précisera que ces politiques ne sont généralement jugés appropriées que dans le but d'aider au développement, par exemple pour renforcer les capacités.

23 Pendant les consultations intersessions, il a été suggéré de réexaminer s'il fallait conserver le mot "procédure" dans ce contexte.

passation de marché qui ne peuvent être définies de façon suffisamment précise lors de la conclusion de l'accord doivent être définies ou précisées par une mise en concurrence lors de la deuxième étape;

v) Le terme "procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape" désigne une procédure d'accord-cadre fermé dans laquelle toutes les conditions de la passation de marché sont définies lors de la conclusion de l'accord.

p) Le terme "règlements en matière de passation des marchés" désigne les règlements qui doivent être adoptés conformément à l'article [4] de la présente Loi;

q) Le terme "sollicitation" désigne l'invitation à soumettre des offres, des prix, des propositions ou des enchères, selon le contexte[24];

r) Le terme "sollicitation directe" désigne la sollicitation[25] adressée directement à un seul fournisseur ou entrepreneur ou à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs mais non la sollicitation adressée à un nombre limité[26] de fournisseurs ou d'entrepreneurs après une procédure de préqualification ou de présélection;

s) Le terme "soumission(s)" désigne de façon collective ou générique une (des) offre(s), une (des) proposition(s), un (des) prix et une (des) enchère(s);

(...)[27]

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)][28]

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née ou découlant de:

---

[24] Disposition modifiée pour distinguer la "sollicitation" de "l'invitation à participer à la procédure de passation de marché", cette dernière formule étant plus large puisqu'elle peut englober une invitation à soumettre une demande de préqualification ou de présélection conformément à l'article 43. Le Guide précisera ce que recouvre le terme "sollicitation" dans chaque méthode de passation des marchés, indiquant notamment que, dans les enchères où une offre initiale est exigée aux fins de l'évaluation de l'offre elle-même ou de sa conformité, la sollicitation commence dès l'invitation à soumettre des offres initiales et non au moment de l'appel d'offres qui suit l'ouverture de l'enchère.

[25] Le terme "exceptionnelle" a été supprimé conformément au paragraphe 108 du document A/CN.9/690.

[26] Dans le texte anglais, le mot "limited" a remplacé le mot "restricted".

[27] La définition du terme "soumission à retenir" a été supprimée conformément au paragraphe 111 du document A/CN.9/690.

[28] Le Guide précisera que les passages entre crochets du présent article s'adressent aux États fédéraux et que, même si les traités ont des effets sur l'application de la présente Loi au niveau national et même si des règles plus strictes pourraient s'appliquer, les obligations internationales ne devraient pas servir de prétexte pour se soustraire aux garanties fondamentales de la Loi type (A/CN.9/690, par. 113). Il signalera également aux États adoptants qu'ils devront peut-être adapter les dispositions de cet article à leurs règles constitutionnelles, voire ne pas les incorporer si elles entrent en conflit avec leur droit constitutionnel (A/64/17, par. 75 à 78).

a) Tout traité ou autre forme d'accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,

b) Tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement, ou

[c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [nom de l'État fédéral] et une ou plusieurs subdivisions de [nom de l'État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,]

les dispositions du traité ou de l'accord prévalent. Toutefois, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés[29]

Le ... (l'État adoptant spécifie l'organe ou l'autorité habilité à établir les règlements en matière de passation des marchés) est autorisé à établir des règlements en matière de passation des marchés à l'effet d'atteindre les objectifs et d'assurer l'application des dispositions de la présente Loi.

Article 5. Publication des textes juridiques

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, les règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d'application générale relatifs aux passations de marchés régies par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications dont ils font l'objet, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.

2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives aux passations de marchés régies par la présente Loi sont mises à la disposition du public[30].

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marchés prévus pour les mois ou les années à venir[31].

2. Les entités adjudicatrices peuvent également publier un préavis concernant la possibilité de marchés futurs[32].

---

[29] Le Guide contiendra une liste de renvois à toutes les dispositions de la Loi type traitant du contenu des règlements en matière de passation des marchés.

[30] Disposition modifiée conformément au paragraphe 115 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que les lois et règlements de l'État adoptant indiqueront l'autorité chargée de s'acquitter des obligations découlant de cet article.

[31] Le Guide soulignera la nécessité d'une bonne planification de la passation des marchés.

[32] Le Guide expliquera que ce paragraphe emploie les mots "préavis concernant la possibilité de marchés futurs" pour permettre aux entités adjudicatrices d'évaluer le marché en cas de passation complexe, et s'abstient d'utiliser des termes qui pourraient prêter à confusion avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement

3. La publication conformément au présent article ne constitue pas une sollicitation, n'oblige pas l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation et ne confère pas de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs[33].

Article 7. Communications dans la passation des marchés[34]

1. Les documents, notifications, décisions ou toutes autres informations qui sont générés durant une passation de marché et communiqués comme l'exige la présente Loi, y compris en rapport avec un recours visé au chapitre [VIII] ou pendant une réunion, ou qui font partie du procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément à l'article [23], sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La sollicitation directe[35] et la communication, entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice, d'informations visées aux articles [15-1 d)[36], 16-6 et 16-9[37], 35-2 a)[38], 37-1[39] et 44-2 à 4][40, 41] peuvent se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice spécifie:

a) Toute condition de forme;

b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, si elle le juge nécessaire, les mesures et prescriptions nécessaires pour garantir la protection de ces informations au niveau requis;

---

publié lors de la procédure de demande de propositions.

33 Le Guide expliquera que les dispositions du présent article peuvent être appliquées indépendamment de la méthode de passation et soulignera aussi qu'elles sont importantes eu égard à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car elles assurent la transparence tout au long du processus et privent de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité. Le Guide expliquera également où le type d'informations visé par l'article est habituellement publié (A/CN.9/687, par. 37).

34 Le Guide expliquera: a) que dans les passations mettant en jeu des informations classifiées, ces informations pourraient être insérées dans un appendice au dossier de sollicitation non rendu public; et b) qu'on pourrait modifier les moyens de communication en publiant un additif au dossier de sollicitation initial (A/CN.9/690, par. 117).

35 Correspond aux renvois, dans l'article 9 de la Loi type de 1994, aux articles 37-3 et 47-1 de ce texte.

36 Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 32-1 d) du texte de 1994.

37 Id., en ce qui concerne le renvoi aux articles 7-4 et 7-6 du texte de 1994.

38 Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 31-2 a) du texte de 1994.

39 Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 34-1 du texte de 1994.

40 Id., en ce qui concerne le renvoi à l'article 44 b) à f) du texte de 1994 (procédures de sélection avec négociations consécutives).

41 Il a été décidé que les autres renvois dans le texte de 1994 [aux articles 36-1 (avis d'acceptation de l'offre) et 12-3 (avis de rejet de toutes les soumissions)] seraient supprimés (A/64/17, par. 122).

c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;

d) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi qui exigent la forme écrite pour la présentation d'informations ou une signature; et

e) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. L'entité adjudicatrice ne peut avoir recours qu'à des moyens de communication qui sont couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Dans toute réunion tenue avec les fournisseurs ou entrepreneurs, elle n'utilise que des moyens qui garantissent en outre que ceux-ci puissent participer pleinement et en direct à cette réunion.

5. L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs[42]

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter cette participation sur la base de la nationalité pour des motifs[43] spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation du présent État[44].

---

[42] Modifié conformément aux paragraphes 118 à 120 du document A/CN.9/690.

[43] Même s'il a été suggéré pendant les consultations intersessions de faire explicitement référence à "l'étendue du contenu d'origine nationale" dans ces dispositions, l'avis qui a prévalu a été qu'une telle référence serait déconseillée. À cet égard, on a souligné des difficultés pratiques dans le calcul de l'étendue du contenu d'origine nationale, dues en particulier à la complexité croissante et à l'internationalisation de la chaîne logistique. Des difficultés à définir la nationalité par rapport au contenu d'origine nationale ont aussi été signalées. Il a été convenu que le Guide insisterait sur le fait que toute restriction découlant de ces dispositions irait à l'encontre du libre-échange.

[44] Texte modifié conformément aux paragraphes 118 à 120 du document A/CN.9/690. Le paragraphe 1 a) du projet précédent ("Lorsque, en raison de la faible valeur des biens, des travaux ou des services requis, elle juge que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux sont susceptibles de souhaiter soumettre des offres") a notamment été supprimé. Il était entendu que, contrairement à ce que prévoyait le texte de 1994 (art. 23), l'entité adjudicatrice ne pouvait avoir recours à une passation de marchés nationaux au simple motif que, l'objet du marché étant de faible valeur, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux étaient susceptibles de souhaiter présenter des soumissions. Dans une telle situation, elle est autorisée à ne faire de la publicité pour un marché de faible valeur qu'au niveau national, mais n'y est pas tenue. Cette interprétation était reflétée à l'article 29 *bis*-4 du texte actuel. Le Guide expliquera que ce paragraphe peut viser d'autres situations que la passation de marchés nationaux (par exemple, celles où certaines nationalités sont exclues en raison de sanctions internationales ou bilatérales). Les politiques socioéconomiques de l'État adoptant justifieraient très probablement l'application des exceptions prévues dans le présent paragraphe, mais la mention de ces seules

2. À moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue[45] par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État[46], l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination[47] à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice déclare si cette participation est limitée conformément au présent article et pour quel motif. Cette déclaration ne peut être modifiée par la suite[48].

4. Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances[49] motivant cette limitation[50].

5. L'entité adjudicatrice communique à tout membre du public qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché conformément au présent article[51].

---

politiques n'a pas été jugé suffisante, la participation à la passation pouvant être limitée sur la base de la nationalité pour des motifs autres que les politiques socioéconomiques, par exemple pour des motifs de sécurité et de sûreté.

45 Texte modifié conformément au paragraphe 120 du document A/CN.9/690 et aligné sur le libellé similaire figurant dans d'autres parties du texte actuel (par exemple à l'article 11-4 b)).

46 Le Guide expliquera que le présent paragraphe vise les situations où la nationalité n'est pas le motif ou le seul motif invoqué pour limiter la participation à la passation de marché (par exemple, dans certains États, programmes réservés aux petites et moyennes entreprises ou aux entreprises venant de régions défavorisées). Tout comme le paragraphe 1, le présent paragraphe peut s'appliquer à la passation de marchés nationaux (par exemple passation à laquelle ne participent que les fournisseurs ou entrepreneurs des régions défavorisées du même État) ou à la passation de marchés internationaux limitée à certains groupes de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple, personnes handicapées).

47 Le Guide expliquera que, hormis les mesures clairement discriminatoires, certaines mesures prises peuvent en fait avoir des effets involontairement discriminatoires à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

48 Le Guide préciserait où ce type de déclaration serait publié.

49 Pendant les consultations intersessions, il a été suggéré de remplacer les mots "raisons et circonstances" par le mot "motifs" afin de permettre le renvoi aux lois et règlements applicables. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler qu'à ses sessions antérieures, il avait décidé d'utiliser uniformément l'expression "raisons et circonstances" dans l'ensemble de la Loi type révisée. Celle-ci a donc été conservée dans le texte actuel. Le Guide soulignera qu'il importe d'indiquer aussi dans le procès-verbal les motifs juridiques de la décision, en se référant aux lois et règlements applicables.

50 Le paragraphe a été conservé sans crochets conformément au paragraphe 120 du document A/CN.9/690.

51 Il est proposé que le passage du Guide consacré aux règles de transparence de la Loi type énumère séparément toutes les obligations d'information du public prévues dans la Loi.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché.

2. [52]Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée:

a) Avoir les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les compétences professionnelles et techniques, les ressources financières, les équipements et autres moyens matériels[53], les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

b) Respecter les normes éthiques et autres applicables[54];

c) Avoir la capacité de contracter;

d) Ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

e) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans le présent État[55];

---

[52] Le premier membre de phrase a été supprimé pendant les consultations intersessions, puisqu'il suscitait des préoccupations au sein du Groupe de travail (A/CN.9/690, par. 121), y compris dans sa version modifiée ("Pour être admis à participer à une procédure de passation des marchés et se voir attribuer le marché"). Il a été noté en particulier que, lu conjointement avec l'article 16-1, ce membre de phrase donnait à penser que la préqualification serait toujours nécessaire. Il a aussi été expliqué que ce libellé permettrait à des entités adjudicatrices de formuler des exigences trop strictes en matière de qualifications et, en les appliquant, de limiter le nombre de participants, réduisant ainsi leur charge de travail. L'autre point de vue était que le libellé supprimé était approprié mais que le Guide devrait d'une part appeler l'attention sur le fait que l'évaluation des qualifications au début de la procédure de passation, bien que justifiable dans certaines procédures, restreignait la concurrence et, d'autre part, renvoyer aux dispositions de la Loi type permettant de contester la disqualification.

[53] Le Guide expliquera qu'en exigeant que les fournisseurs ou entrepreneurs possèdent "les équipements et autres moyens matériels [...] nécessaires", les dispositions ne visent pas à limiter la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Le Guide notera que, souvent, ces entreprises ne possèdent pas elles-mêmes les équipements et autres moyens matériels nécessaires, mais s'assurent, par l'intermédiaire de leurs sous-traitants, qu'ils soient disponibles aux fins de l'exécution du marché.

[54] Disposition modifiée conformément au paragraphe 122 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera, en ce qui concerne les "autres" normes, que l'entité adjudicatrice devait être en droit de s'assurer, par exemple, que les fournisseurs ou entrepreneurs ont toutes les assurances requises et d'imposer une habilitation en matière de sécurité ou de tenir compte des aspects environnementaux, si nécessaire.

[55] Le Guide expliquera l'effet de cette disposition sur les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, en renvoyant à l'article 8, qui interdit l'imposition de conditions autres que celles prévues dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la

f) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution d'un marché, durant une période de ... ans (l'État adoptant spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion[56].

3. L'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché, sous réserve de leur droit de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents pour s'assurer qu'ils sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2[57].

4. Toute condition requise conformément au présent article est énoncée dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation[58] et s'applique également à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui ne soit pas prévu dans la présente Loi.

5. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

6. En dehors des critères, conditions ou procédures qu'elle peut imposer conformément à l'article [8] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou à l'encontre de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable[59].

---

législation de l'État adoptant, pour empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer à la passation.

56 Il a été proposé que le Guide mentionne les lignes directrices de la Banque mondiale relatives aux procédures d'exclusion (A/CN.9/687, par. 50).

57 Il a été convenu à la dix-septième session du Groupe de travail que le Guide expliquerait l'interaction entre les paragraphes 3 et 2, en particulier le paragraphe 2 a), du présent article (A/CN.9/687, par. 48).

58 Le Guide notera que, dans certains pays, les conditions standard relatives aux qualifications figurent dans les règlements en matière de passation des marchés, et la documentation de préqualification renvoie simplement à ces règlements. Pour des raisons de transparence et d'égalité de traitement, la Loi type exige que toutes les conditions soient énoncées dans la documentation de préqualification et le dossier de sollicitation, mais le Guide notera qu'il peut être satisfait aux exigences du paragraphe 4 si la documentation de préqualification, le dossier de présélection ou les deux renvoient aux conditions relatives aux qualifications énoncées dans des sources transparentes et facilement accessibles (A/CN.9/690, par. 123).

59 Le Guide notera que, malgré cette disposition dans la Loi type, certaines mesures pratiques, comme le choix de la langue, bien que justifiables objectivement, peuvent conduire à des discriminations à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de certaines catégories d'entre eux.

7. Nonobstant le paragraphe 6 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger l'authentification des pièces que le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir a produites pour justifier de ses qualifications aux fins de la passation de marché concernée. Ce faisant, elle n'impose pas, pour cette authentification, de condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

8. a) L'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses;

b) L'entité adjudicatrice peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si elle constate à un moment quelconque que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions substantielles;

c) À moins que ne s'applique l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non substantielles. Elle peut cependant le disqualifier s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions alors qu'elle le lui demande;

d) L'entité adjudicatrice peut demander à un fournisseur ou entrepreneur qui était préqualifié conformément à l'article [16] de la présente Loi qu'il justifie à nouveau de ses qualifications suivant les mêmes critères que ceux utilisés pour sa préqualification. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne donne pas suite à cette demande. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de justifier à nouveau de ses qualifications si elle juge ou non satisfaisantes les justifications qu'il a produites[60].

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre[61]

1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans la documentation de préqualification, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées[62].

2. En dehors des critères, conditions ou procédures que l'entité adjudicatrice peut imposer conformément à l'article [8] de la présente Loi, ni la documentation de préqualification, le cas échéant, ni le dossier de sollicitation ne doivent contenir ou utiliser de description de l'objet du marché susceptible de restreindre la

---

[60] Le Guide notera que, dans la plupart des passations (à l'exception peut-être de la passation de marchés complexes nécessitant de longues négociations), ces dispositions devraient se limiter au fournisseur ou à l'entrepreneur à retenir, comme cela est envisagé aux articles 37-6 et 7 et 51.

[61] Le Guide expliquera la manière dont les facteurs socioéconomiques peuvent être pris en compte dans l'établissement de la description de l'objet du marché et des conditions du marché ou d'un accord-cadre.

[62] Le Guide expliquera que les exigences minimales désignent aussi les seuils mentionnés dans les dispositions sur les demandes de propositions sans négociation et avec négociations consécutives.

participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché[63], y compris des restrictions fondées sur la nationalité.

3. La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions, y compris relatives aux essais et méthodes d'essai[64], à l'emballage, au marquage ou à l'étiquetage ou aux certificats de conformité, ainsi que des symboles et de la terminologie[65].

4. Dans la mesure où cela est faisable, toute description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance[66] de cet objet. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" soient employés[67].

5. a) Pour la formulation de toute description de l'objet du marché, la documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et qualitatives dudit objet;

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés et des conditions normalisées[68], lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions de la passation de marché et du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation et pour la formulation d'autres aspects pertinents de la documentation de préqualification, le cas échéant, et du dossier de sollicitation.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

1. À l'exception des critères énoncés au paragraphe 4 du présent article, les critères d'évaluation ont un lien avec l'objet du marché.

2. Les critères d'évaluation peuvent comprendre:

a) Le prix;

b) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture

---

63 Modifié conformément au paragraphe 124 du document A/CN.9/690.

64 Le Guide expliquera que ces conditions peuvent inclure des conditions relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant.

65 Le Guide notera qu'il importe de veiller à ce que la description soit suffisamment précise (A/CN.9/690, par. 125).

66 Le Guide expliquera que les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance peuvent inclure aussi des caractéristiques relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant.

67 Le Guide expliquera qu'un nom de marque ne devrait être mentionné dans une sollicitation qu'en cas d'absolue nécessité et que la sollicitation devrait alors préciser les caractéristiques principales de l'objet recherché et indiquer expressément que l'article portant le nom de marque "ou l'équivalent" peut être proposé.

68 Texte modifié conformément au paragraphe 124 du document A/CN.9/690.

des services, les caractéristiques de l'objet du marché, telles que les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux et les caractéristiques environnementales de l'objet[69], les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché;

c) Lorsque cela est pertinent pour un marché passé conformément aux articles [41, 43 et 44], l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel devant participer à la fourniture de l'objet du marché.

3. Tous les critères d'évaluation autres que le prix sont, dans la mesure où cela est faisable, objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires[70].

4. Outre les critères énoncés au paragraphe 2, les critères d'évaluation peuvent comprendre:

a) Tout critère dont les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État autorisent ou exigent la prise en compte [sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)];

b) Une marge de préférence accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement, si elle est autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État[71] [et sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)][72]. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés[73].

5. L'entité adjudicatrice mentionne dans le dossier de sollicitation[74]:

a) Si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères[75];

---

69 Le Guide expliquera que cet alinéa permet à l'entité adjudicatrice d'inclure des caractéristiques comme le caractère environnemental de la ligne de production. Des considérations plus générales liées aux politiques socioéconomiques sont traitées dans les articles 8, 9 et 10 ainsi qu'au paragraphe 4 du présent article.

70 Le Guide expliquera qu'il ne serait pas possible d'exprimer tous les critères d'évaluation autres que le prix en termes pécuniaires dans la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 43 du projet actuel).

71 Disposition alignée sur le libellé correspondant de la définition des "politiques socioéconomiques" (A/CN.9/690, par. 106. Voir aussi les notes de bas de page 24 à 27 ci-dessus). Voir cependant la note de bas de page qui suit directement la présente note.

72 Le Groupe de travail est invité à examiner si les mots entre crochets doivent être conservés. Il voudra peut-être noter qu'il existe un lien étroit entre ces dispositions et la définition des "politiques socioéconomiques", où ces mots n'apparaissent pas.

73 Le Guide renverra à l'article sur le dossier et le procès-verbal de la passation de marché, qui exige que ce dernier contienne les informations pertinentes sur l'utilisation d'une marge de préférence dans une passation donnée.

74 Le Guide renverra aux dispositions correspondantes figurant dans les articles régissant le contenu du dossier de sollicitation dans chaque méthode de passation.

75 Le Guide expliquera que le dossier de sollicitation doit indiquer clairement si la sélection se fera en fonction de la soumission au prix le plus bas ou de la soumission la plus avantageuse, selon le cas.

b) Tous les critères d'évaluation établis conformément au présent article, y compris le prix et toute marge de préférence[76];

c) Lorsque des critères autres que le prix doivent être utilisés dans la procédure d'évaluation, les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation, y compris du prix et de toute marge de préférence, sauf si la passation de marché est menée en conformité avec l'article [43], auquel cas l'entité adjudicatrice énumère tous les critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance[77];

d) Les modalités d'application des critères dans la procédure d'évaluation.

6. Pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation, et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Aucun critère ou procédure qui n'a pas été énoncé en conformité avec la présente disposition ne sera utilisé.

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché[78]

1. Une entité adjudicatrice ne fractionne pas un marché, ni n'utilise une méthode d'évaluation particulière pour estimer la valeur d'un marché dans le but de limiter la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la présente Loi.

2. Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, l'entité adjudicatrice inclut la valeur totale maximale estimée du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un ou à plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, en tenant compte de toutes les formes de rémunération[79, 80].

---

76 Le membre de phrase "le prix sous réserve de toute marge de préférence" a été remplacé par "le prix et toute marge de préférence" dans le présent alinéa et dans les alinéas suivants.

77 Le Guide expliquera que cette disposition vise à garantir la transparence totale, de telle sorte que les fournisseurs puissent voir comment leurs soumissions seront évaluées. Il expliquera également qu'un panier des critères autres que le prix inclura normalement des critères quantifiables et objectifs (tels que les coûts d'entretien) et des éléments subjectifs (l'importance relative que l'entité accorde à une livraison rapide ou à des lignes de production vertes), qui seront tous pris en compte pour l'établissement d'un classement qualitatif global. Pour les passations ne reposant pas sur des négociations, l'entité adjudicatrice doit donc divulguer quel sera le poids des facteurs autres que le prix et quel sera leur poids par rapport au prix. Le Guide expliquera également qu'il importe de mentionner le niveau de détail approprié des critères d'évaluation et renverra aux dispositions de l'article 43 qui exigent que les critères d'évaluation soient énumérés par ordre décroissant d'importance dans la procédure de dialogue compétitif, dans laquelle il est souvent impossible d'établir le coefficient de pondération des critères d'évaluation au début de la procédure de passation. Il examinera aussi de quelle manière une marge de préférence est généralement appliquée dans la pratique, ainsi que les avantages et inconvénients que présenteraient d'autres approches.

78 Le Guide expliquera que les dispositions de l'article sont utiles en particulier dans le contexte des marchés de faible valeur (voir art. 21 et 29 *bis*-4 du projet actuel), des appels d'offres restreints et des procédures de sollicitation de prix.

79 Le Guide expliquera que, dans les passations prévoyant la possibilité d'options, la valeur

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. La documentation de préqualification, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international à moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national).

2. Les demandes de préqualification, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans la langue de la documentation de préqualification, le cas échéant, et du dossier de sollicitation, respectivement, ou dans toute autre langue autorisée par ces documents.

---

estimée selon cet article sera la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options, comme le prévoient les dispositions correspondantes de l'AMP de l'OMC (art. II-2 et 3 de la version de 1994 et art. II-6 de la version de 2006).

80 Le Guide expliquera que les estimations doivent avant tout être utilisées par l'entité adjudicatrice à des fins internes (A/CN.9/690, par. 127). Il ressort des consultations intersessions qu'une interdiction absolue de divulguer ces estimations aux fournisseurs, tel que le suggère la deuxième partie du paragraphe 127 du document A/CN.9/690, serait injustifiée.

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant les articles 13 *bis* à 23 *bis* du chapitre premier (Dispositions générales).

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES (*suite*)

Article 13 *bis*. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions[1]

1. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification sont indiqués dans l'invitation à soumettre une demande de préqualification et la documentation de préqualification. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions sont indiqués dans le dossier de sollicitation.

2. La date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions est exprimée sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et présenter leur demande ou leur soumission, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

3. Si elle publie une clarification ou une modification de la documentation de préqualification ou du dossier de sollicitation, l'entité adjudicatrice, avant la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions, reporte cette date si nécessaire ou comme l'exige le paragraphe [3] de l'article [14] de la

---

[1] Le Guide indiquera que: i) le mécanisme de présentation des soumissions doit être raisonnablement accessible aux fournisseurs; ii) les règlements en matière de passation des marchés spécifieront un délai minimum de présentation des soumissions pour chaque méthode de passation de marché (à cet égard, il peut être fait référence aux dispositions de l'article XI-2 de la version de 1994 et de l'article XI-3 de la version de 2006 de l'AMP pour les procédures ouvertes, qui exigent un délai d'au moins 40 jours); iii) ce délai doit être suffisamment long en cas de passation de marchés internationaux complexes afin que les fournisseurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions; et iv) les défaillances des systèmes de présentation électronique des soumissions et la répartition des risques doivent être traitées dans les règlements en matière de passation de marchés ou une autre instance appropriée (A/CN.9/690, par. 129).

présente Loi[2], afin que les fournisseurs ou entrepreneurs disposent d'un délai suffisant pour tenir compte dans leur demande ou leur soumission de la clarification ou de la modification[3].

4. L'entité adjudicatrice peut, à son gré, avant la date limite de présentation des demandes de préqualification ou des soumissions, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sont dans l'impossibilité de présenter leur demande ou leur soumission d'ici là.

5. Tout report de la date limite est promptement notifié à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé la documentation de préqualification ou le dossier de sollicitation[4].

Article 14. Clarification et modification du dossier de sollicitation[5]

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice des éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des soumissions. Elle donne sa réponse dans un délai raisonnable de façon à permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa soumission en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.

2. À tout moment avant la date limite de présentation des soumissions, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissements émanant d'un fournisseur ou entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation en publiant un additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation et s'impose à eux.

3. Si, à la suite d'une clarification ou d'une modification publiée conformément au présent article, les informations publiées lorsqu'elle a pour la première fois sollicité la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent fondamentalement inexactes, l'entité adjudicatrice fait publier les informations modifiées de la même manière et au même endroit que les informations originales et reporte la date limite de présentation des soumissions comme le prévoit le paragraphe [3] de l'article [13 *bis*] de la présente Loi[6].

4. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique les demandes d'éclaircissements présentées à la réunion au sujet du dossier de

---

[2] Disposition modifiée à la suite de l'introduction du nouvel article 14-3.

[3] Le Guide expliquera que cette disposition vise également à englober les nouveaux fournisseurs qui décideraient de se présenter à la suite de la modification.

[4] Le Guide renverra aux dispositions de l'article 14-3 sur les modifications substantielles apportées à ces documents.

[5] Le Guide précisera que l'entité adjudicatrice ne sera tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle a connaissance de son identité.

[6] Nouveau paragraphe inséré conformément aux paragraphes 98 et 130 du document A/CN.9/690.

sollicitation, et ses réponses à ces demandes, sans préciser l'origine de ces dernières. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leurs soumissions.

Article 15. Garanties de soumission[7]

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions:

a) Cette exigence s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut spécifier que l'émetteur de la garantie de soumission et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie, ainsi que la forme et les conditions de la garantie, doivent être agréés par l'entité adjudicatrice. En cas de passation d'un marché national, le dossier de sollicitation peut en outre spécifier que la garantie de soumission doit être émise par un émetteur dans le présent État;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, une garantie de soumission n'est pas rejetée par l'entité adjudicatrice au motif qu'elle n'a pas été émise par un émetteur du présent État si la garantie et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation, à moins que:

i) L'acceptation de la garantie par l'entité adjudicatrice ne soit contraire à une loi du présent État; ou

ii) L'entité adjudicatrice n'exige, en cas de passation d'un marché national, que la garantie de soumission soit émise par un émetteur dans le présent État;

d) Avant de présenter une soumission, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé ou, le cas échéant, le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande;

e) La confirmation que l'émetteur ou le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou présente d'une autre manière un risque quant à la capacité de remboursement;

---

[7] Le Guide mentionnera l'utilisation, dans certains États, de mécanismes autres que les garanties de soumission, tels que les déclarations de garantie de l'offre que l'entité adjudicatrice peut, dans les cas appropriés, demander à tous les fournisseurs ou entrepreneurs de signer au lieu d'exiger d'eux une garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou l'entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions, comme être disqualifié pour la prochaine passation de marché, en cas de survenue d'un événement normalement couvert par une garantie de soumission. Il ne devrait toutefois pas faire l'objet d'une exclusion étant donné que ce type de sanction ne devrait pas concerner les manquements à caractère commercial. Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés, en augmentant la participation, en particulier, des petites et moyennes entreprises qui autrement ne pourraient pas prendre part à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission.

f) L'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation toutes conditions concernant l'émetteur ainsi que la nature, la forme, le montant et autres conditions principales de la garantie de soumission requise; les conditions se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la soumission ne peuvent concerner que:

i) Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;

ii) Le défaut de signature du marché alors que la signature est exigée par l'entité adjudicatrice; et

iii) Le défaut de fourniture de la garantie de bonne exécution requise, après l'acceptation de la soumission à retenir, ou le manquement, avant la signature du marché, à toute autre condition spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne, ou fait retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants:

a) L'expiration de la garantie de soumission;

b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;

c) L'abandon de la passation[8];

d) Le retrait de la soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que l'interdiction d'un tel retrait ne soit spécifiée dans le dossier de sollicitation.

Article 16. Procédure de préqualification

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de préqualification afin d'identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article [9] de la présente Loi s'appliquent à la procédure de préqualification.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à soumettre une demande de préqualification dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle où l'invitation doit être publiée)[9]. À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement en cas de passation d'un marché national, l'invitation à soumettre une demande de

---

[8] Les mots "clôture de la procédure de passation de marché sans entrée en vigueur d'un marché" ont été remplacés par les mots "l'abandon de la passation" à la suite des modifications apportées à l'article 17-1 du présent projet.

[9] Le commentaire du Guide accompagnant cette disposition et des dispositions similaires tout au long de la Loi type précisera que la référence au journal officiel doit être interprétée selon le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les publications sous forme papier ou autre et peut donc englober tout journal officiel électronique utilisé dans un État ou un groupe d'États adoptants, comme l'Union européenne. À cet égard, le Guide renverra au commentaire qui accompagnera l'article 5 relatif à la publication des textes juridiques.

préqualification est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale.

3. L'invitation à soumettre une demande de préqualification inclut les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse[10] de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;

c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article [9] de la présente Loi;

d) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;

e) Les moyens d'obtention de la documentation de préqualification et le lieu où elle peut être obtenue;

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la documentation de préqualification et, après la préqualification, pour la fourniture du dossier de sollicitation;

g) Si un prix est demandé, les modalités de paiement de la documentation de préqualification et, après la préqualification, les modalités de paiement du dossier de sollicitation et la monnaie de paiement[11];

h) La ou les langues dans lesquelles la documentation de préqualification et, après la préqualification, le dossier de sollicitation sont disponibles[12];

i) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification et, s'ils sont déjà connus, le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions, conformément à l'article [13 *bis*] de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice fournit un exemplaire de la documentation de préqualification à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande

---

[10] Le commentaire du Guide accompagnant cette disposition et les autres dispositions où il est question de l'"adresse" expliquera que ce terme désigne le lieu physique enregistré mais aussi toutes les autres coordonnées pertinentes (numéros de téléphone ou adresse électronique, etc., le cas échéant) et qu'il doit constamment être interprété de cette manière, qu'il s'agisse de l'adresse de l'entité adjudicatrice ou de celle d'un fournisseur ou entrepreneur.

[11] Disposition modifiée conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas indiquer la monnaie de paiement en cas de passation d'un marché national, si les circonstances rendent cette information superflue.

[12] Disposition modifiée conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, et précisera que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues.

conformément à l'invitation à soumettre une demande de préqualification et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la documentation de préqualification ne doit refléter que le coût de la distribution de ladite documentation aux fournisseurs ou entrepreneurs[13].

5. La documentation de préqualification inclut les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des demandes de préqualification;

b) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de préqualification, sans l'intervention d'un intermédiaire;

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de préqualification, et l'endroit[14] où ces lois et règlements peuvent être consultés;

e) Toutes autres règles pouvant être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la soumission des demandes de préqualification et la procédure de préqualification.

6. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements sur la documentation de préqualification qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des demandes de préqualification. Elle répond dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre en temps voulu sa demande de préqualification. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de préqualification.

7. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de préqualification. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à soumettre une demande de préqualification et dans la documentation de préqualification.

---

[13] Le commentaire du Guide accompagnant cette disposition et des dispositions similaires tout au long de la Loi type précisera que l'entité adjudicatrice ne peut pas recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultant et les frais de publicité) par le biais de cette disposition et que le prix demandé devrait se limiter aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant).

[14] Le Guide expliquera qu'il ne s'agit pas du lieu physique, mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc. où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

8. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

9. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de préqualification s'il est ou non préqualifié. Elle communique également à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés[15].

10. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification.

Article 17. Abandon de la passation de marché[16]

1. L'entité adjudicatrice peut abandonner la passation de marché à tout moment avant l'acceptation de la soumission à retenir et, une fois celle-ci acceptée, dans les circonstances visées au paragraphe [8] de l'article [20] de la présente Loi[17]. Une fois qu'elle a pris la décision d'abandonner la passation de marché, elle n'ouvre aucune offre ni aucune proposition.

2. La décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et les raisons de cette décision sont inscrites au procès-verbal de la procédure de passation de marché et[18] promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission. L'entité adjudicatrice publie en outre promptement un avis d'abandon de la passation de marché de la même manière et au même endroit qu'ont été publiées les informations originales concernant le marché, et renvoie les offres ou propositions qui ne sont pas ouvertes au moment de la décision aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont présentées.

3. À moins que l'abandon de la passation ne résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part, l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions au seul motif qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article[19].

---

[15] Le Guide renverra à l'article relatif à la confidentialité, qui prévoit des exceptions à l'information du public.

[16] Le Guide expliquera que l'article a pour objet de trouver le juste équilibre entre la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure à tout stade du processus de passation régi par la Loi type et la nécessité d'accorder une protection appropriée aux fournisseurs et entrepreneurs contre les actes irresponsables des entités adjudicatrices, comme le fait d'abuser de la possibilité d'abandonner la passation pour étudier le marché. Il précisera aussi que, même si l'article n'aborde pas les questions de réparation et autres voies de droit, il a des conséquences pour les dispositions de la Loi type relatives aux recours (chap. VIII).

[17] Disposition modifiée conformément au paragraphe 133 du document A/CN.9/690.

[18] La référence à l'inscription au procès-verbal de la procédure a été conservée sans crochets conformément au paragraphe 134 du document A/CN.9/690.

[19] Le Guide expliquera que le début de la phrase couvre aussi les événements imprévisibles et qu'une responsabilité naît dans des circonstances exceptionnelles. Il expliquera également que l'entité adjudicatrice peut encourir une responsabilité pour avoir abandonné la passation en vertu d'autres branches de droit et que, si les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les soumissions ont été ouvertes.

Article 18. Rejet des soumissions anormalement basses

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle a déterminé que le prix, conjugué à d'autres éléments composant la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur la soumission qui suscite des craintes quant à sa capacité à exécuter le marché;

b) Qu'elle ait pris en compte toute information communiquée par le fournisseur ou l'entrepreneur à la suite de sa demande et les informations contenues dans la soumission, mais qu'elle continue sur la base de toutes ces informations d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les raisons qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision sont inscrites au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné[20].

---

[20] La référence à l'inscription au procès-verbal de la procédure a été conservée sans crochets conformément au paragraphe 135 du document A/CN.9/690.

Article 19. Exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur de la procédure de passation du marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts[21]

1. L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou un entrepreneur de la procédure de passation du marché si:

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur propose, fournit ou convient de fournir, directement ou indirectement à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice lié à la procédure de passation de marché; ou

b) Le fournisseur ou l'entrepreneur a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts en violation des normes applicables[22].

2. Toute décision de l'entité adjudicatrice d'exclure un fournisseur ou un entrepreneur de la procédure de passation du marché en application du présent article et ses raisons sont inscrites au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné[23].

---

[21] Le Guide expliquera que les dispositions de cet article sont subordonnées à d'autres branches du droit d'un État adoptant qui régissent les questions d'anticorruption et sont sans préjudice d'autres sanctions, telles que l'exclusion, qui peuvent être appliquées au fournisseur ou à l'entrepreneur. Dans ce contexte, le Guide renverra à l'article 3 de la Loi type et à toutes les normes internationales existantes concernant la corruption, expliquant aussi que ces normes peuvent évoluer, et encouragera les États adoptants à examiner les normes applicables au moment de l'incorporation de la Loi type. Le Guide soulignera en outre que l'article se veut conforme à ces normes internationales et est censé proscrire tout acte de corruption quelles qu'en soient la forme et la définition (A/CN.9/690, par. 136). Tout en soulignant qu'il est nécessaire de renvoyer à d'autres branches du droit pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte des politiques anticorruption de l'État adoptant, le Guide attirera l'attention sur le fait que de tels renvois ne devraient pas, involontairement, faire croire à tort qu'une condamnation pénale serait une condition préalable à l'exclusion d'un fournisseur ou d'un entrepreneur aux termes de cet article. Il abordera également les points suivants: i) les règles applicables (par exemple, les consultants associés à la rédaction du dossier de sollicitation ne devraient pas être autorisés à participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier est utilisé); ii) les difficultés à établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique; iii) l'association des dispositions relatives aux conflits d'intérêt (qui concernent une situation) et des dispositions sur la corruption (qui est un acte illicite) risque d'être source de confusion et devrait être évitée; et iv) comment la situation d'une filiale devrait être traitée.

[22] Le Guide expliquera le terme "normes" et soulignera que celles-ci évoluent au fil du temps. Il traitera également les questions du rejet injustifié et de l'instauration d'un mécanisme prévoyant un dialogue entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné, pour évoquer les conflits d'intérêt potentiels, qui s'inspirerait des dispositions de l'article 18 régissant l'examen des soumissions anormalement basses.

[23] La référence au procès-verbal de la procédure de passation de marché a été conservée sans crochets conformément au paragraphe 137 du document A/CN.9/690.

Article 20. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

1. L'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir à moins que:

a) La passation de marché ne soit abandonnée en application du paragraphe [1] de l'article [17] de la présente Loi; ou

b) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la soumission à retenir ne soit disqualifié en application de l'article [9] de la présente Loi; ou

c) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la soumission à retenir ne soit exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs spécifiés à l'article [19] de la présente Loi; ou

d) La soumission retenue à l'issue de l'évaluation ne soit rejetée comme anormalement basse conformément à l'article [18] de la présente Loi[24].

2. L'entité adjudicatrice avise promptement chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission[25] de la décision qu'elle a prise d'accepter la soumission à retenir à la fin du délai d'attente. L'avis contient, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté la soumission à retenir;

b) [Le prix du marché][26] ou, si la soumission à retenir a été déterminée sur la base du prix et d'autres critères, [le prix du marché][27] et un résumé des autres caractéristiques et avantages relatifs de cette soumission[28]; et

c) La durée du délai d'attente prévue dans le dossier de sollicitation, qui est au moins de ... jours ouvrables (l'État adoptant indique le délai)[29] et qui court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été examinée conformément au présent paragraphe.

---

24 Des renvois aux articles 18 et 19 ont été ajoutés. Le paragraphe a également été aligné sur l'article 51 du texte actuel.

25 Les mots "dont la soumission a été examinée" ont été remplacés par les mots "ayant présenté des soumissions", plus précis notamment dans les passations de marché où il ne peut y avoir d'examen distinct des soumissions, par exemple les enchères (voir chap. VI du texte actuel).

26 Voir la note accompagnant le même terme à l'article 21 ci-dessous.

27 Ibid.

28 Le Guide renverra à la partie du Guide relative au retour d'information aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue. Celle-ci précisera les raisons pour lesquelles la question du retour d'information doit être traitée dans le Guide uniquement, et non dans la Loi type, en expliquant notamment que les méthodes régissant le retour d'information varient sensiblement non seulement d'un État à l'autre, mais aussi d'un marché à l'autre et que les dispositions en la matière ne sont pas facilement applicables (A/CN.9/687, par. 93).

29 Disposition modifiée conformément aux paragraphes 87 et 138 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera les aspects qui devraient être pris en considération pour fixer la durée minimale du délai d'attente dans la Loi, notamment l'impact que cette durée aurait sur les objectifs généraux de la Loi type révisée concernant la transparence, l'obligation de rendre compte, l'efficacité et le traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs. L'impact d'un long délai sur les coûts sera certes envisagé et inclus par les fournisseurs ou les entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer ou non à la procédure, mais le Guide

3. Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas à l'attribution des marchés dans les cas suivants:

a) Lors d'une procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape[30];

b) Lorsque le prix du marché est inférieur à ... (l'État adoptant indique un seuil)[31]; ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice décide que des considérations urgentes d'intérêt général exigent de poursuivre la passation de marché sans délai d'attente[32]. La décision de l'entité adjudicatrice concluant à l'existence de telles considérations et les raisons de cette décision sont inscrites au procès-verbal de la procédure de passation de marché[33] [et sont irréfragables à tous les stades de la procédure de recours en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, sauf au stade judiciaire][34].

4. À l'expiration du délai d'attente, ou en l'absence de délai d'attente, l'entité adjudicatrice expédie, rapidement après avoir déterminé la soumission à retenir, l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission, à moins qu'un tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée) n'en décide autrement.

5. À moins qu'un marché écrit et/ou l'approbation d'une autorité de tutelle ne soit (soient) exigé(s), un marché conforme aux conditions de la soumission à retenir entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il soit expédié pendant que la soumission est en vigueur.

---

notera que le délai devrait être suffisamment long pour permettre d'introduire un recours contre la procédure. Le Guide appellera également l'attention de l'État adoptant sur le fait que tout délai de courte durée devrait être indiqué en jours ouvrables; dans les autres cas, il peut être indiqué en jours calendaires (A/CN.9/690, par. 87).

30 Disposition modifiée aux fins d'alignement avec la définition correspondante figurant à l'article 2.

31 Le Guide attirera l'attention des États adoptants sur les seuils fixés dans d'autres dispositions de la Loi type concernant les marchés de faible valeur, notamment ceux qui justifient une dérogation à la publication de l'avis d'attribution du marché (art. 21-2 du texte actuel), une dérogation à l'obligation de sollicitation internationale (art. 29 *bis*-4 du texte actuel) et le recours à la procédure de demande de prix (art. 26-2 du texte actuel). Le seuil prévu dans la présente disposition pourra être aligné sur eux. L'attention du Groupe de travail est appelée à cet égard sur les dispositions de l'article 26-2 du texte actuel, où il est envisagé que le seuil soit spécifié dans les règlements en matière de passation de marché et non dans la Loi type elle-même. Le Groupe de travail voudra peut-être décider qu'il convient d'adopter la même approche dans cette disposition et à l'article 21-2 du texte actuel, compte tenu en particulier de la valeur fluctuante des monnaies (inflation, etc.).

32 Compte tenu des dispositions similaires figurant au chapitre VIII dans le contexte de la suspension de la procédure de passation du marché (art. 65), le Guide précisera les considérations, qui peuvent être différentes, justifiant une exception en application de la présente disposition et en application de l'article 65.

33 La référence au procès-verbal de la procédure de passation de marché a été conservée sans crochets conformément au paragraphe 138 du document A/CN.9/690.

34 Le Groupe de travail est invité à revoir cette disposition en tenant compte des larges pouvoirs que le chapitre VIII de la Loi type confère à l'instance administrative de recours. Il voudra peut-être noter que des dispositions similaires doivent être envisagées dans le contexte de l'article 65 du texte actuel.

6. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un marché écrit conforme aux conditions de la soumission acceptée:

a) L'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation lui a été expédié;

b) À moins que le dossier de sollicitation ne spécifie que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment où l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

7. Lorsque le dossier de sollicitation spécifie que le marché doit être approuvé par une autorité de tutelle, le marché n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation spécifie le délai jugé nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir l'approbation. La non-obtention de l'approbation dans le délai ainsi spécifié n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ou de la période de validité de la garantie de soumission requise en application de l'article [15] de la présente Loi.

8. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas le marché écrit comme il le doit, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation soit décider de sélectionner parmi les soumissions restantes encore en vigueur une soumission à retenir conformément aux critères et procédures énoncés dans la présente Loi et dans le dossier de sollicitation[35]. Dans le dernier cas, les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* à cette soumission.

9. Les avis mentionnés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont promptement et dûment adressés ou envoyés et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par tout moyen fiable spécifié conformément à l'article [7] de la présente Loi.

10. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution du marché, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et [le prix de ce dernier] [36], est communiqué promptement aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

---

[35] Dispositions révisées aux fins d'alignement avec le libellé similaire apparaissant à l'article 37-7 du texte actuel.

[36] Voir la note accompagnant le même terme à l'article 21 ci-dessous.

Article 21. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

1. Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, dans lequel elle indique le nom du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) auquel (auxquels) le marché ou l'accord-cadre a été attribué [et le prix du marché][37].

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont le prix est inférieur à ... (l'État adoptant indique un seuil)[38]. L'entité adjudicatrice publie périodiquement, mais au moins une fois par an, un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. Les règlements en matière de passation des marchés indiquent[39] les modalités de publication des avis requis par le présent article.

Article 22. Confidentialité

1. Dans ses communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs ou avec le public, l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information [dont la non-divulgation est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État[40] ou] dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale[41], à moins que le

---

[37] Une référence au prix du marché a été insérée à l'issue des consultations intersessions et compte tenu des dispositions figurant aux articles 20-2 b) et 10 et 23-3 du texte actuel. Le Groupe de travail voudra peut-être rappeler dans ce contexte que les arguments contre la divulgation du prix de l'offre retenue avaient été présentés au Groupe de travail dans le contexte des enchères électroniques inversées (pour prévenir la collusion dans des enchères ultérieures, en particulier). Si le Groupe de travail estime que ces arguments restent convaincants, des restrictions sur la divulgation du prix de l'offre retenue devraient être imposées de manière cohérente dans les articles 20-2 b) et 10 et 23-3.

[38] Voir la note accompagnant les dispositions de l'article 20-3 b) du texte actuel. Le Guide précisera qu'il n'existe aucune dérogation applicable à la conclusion d'un accord-cadre.

[39] Disposition modifiée conformément au paragraphe 139 du document A/CN.9/690. Le Guide suggèrera des règles minimales pour la publication de ce type d'information.

[40] Le membre de phrase entre crochets remplace les références antérieures aux "aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale" et à l'"intérêt général", deux expressions jugées problématiques par le Groupe de travail (A/CN.9/690, par. 140 et 141) et durant les consultations intersessions. Le libellé actuel s'inspire de celui de l'article XXIII.1 de la version de 1994 et de l'article III.1 de la version de 2006 de l'AMP. Le Guide expliquera que les intérêts essentiels de la sécurité de l'État peuvent toucher des "marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale" et "se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre" (libellé de l'AMP) mais pas exclusivement (par exemple dans le secteur de la santé, passation de marchés portant sur des recherches et expériences médicales, ou l'achat de vaccins lors de pandémies). À cet égard, un renvoi sera fait à l'examen du Guide s'appliquant aux informations classifiées (voir la note de bas de page accompagnant la définition de "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" à l'article 2).

[41] Le Guide expliquera que les mots "nuirait à la concurrence loyale" devraient être interprétés comme faisant référence au risque d'entraver la concurrence non seulement dans la procédure de passation de marché en question mais également dans les passations ultérieures (A/CN.9/668, par. 131).

tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée) ne l'enjoigne à divulguer cette information et, dans ce cas, sous réserve des conditions d'une telle injonction.

2. Sauf lorsqu'elle fournit ou publie des informations en application des[42] articles [20-2 et 10, 21, 23 et 36] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice traite les demandes de préqualification et les soumissions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition ou à toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations[43].

3. Les discussions, communications[44], négociations et dialogues ayant eu lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou un entrepreneur conformément aux articles [42-3 et 43 à 46] de la présente Loi sont confidentiels. Sauf si la loi l'exige ou le tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée) l'ordonne, ou si le dossier de sollicitation l'autorise, aucune partie aux discussions, communications, négociations ou dialogues ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant ces discussions, communications[45], négociations ou dialogues sans le consentement de l'autre partie.

4. Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, l'entité adjudicatrice peut décider ou être tenue de:

a) Ne pas divulguer au public des informations classifiées;

b) Imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger ces informations; et

c) Demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent les exigences visant à protéger ces informations.

Article 23. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

1. L'entité adjudicatrice tient un procès-verbal de la procédure de passation de marché qui inclut les renseignements suivants:

a) Une brève description de l'objet du marché;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou des entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) le marché est conclu et [le prix de ce dernier][46] (dans le cas

---

42 Disposition modifiée conformément au paragraphe 142 du document A/CN.9/690.

43 Le Guide expliquera que ces mots renvoient à tout tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l'exception d'une instance de tutelle, de recours ou autre instance compétente autorisée à accéder aux informations en question conformément aux règles de droit applicables de l'État adoptant.

44 Disposition modifiée conformément au paragraphe 142 du document A/CN.9/690.

45 Ibid.

46 Disposition à examiner en se référant à la note de bas de page se rapportant au terme "prix du marché", à l'article 21 ci-dessus, conjointement avec le paragraphe 2 du présent article.

d'une procédure d'accord-cadre, également le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec lequel (lesquels) l'accord-cadre est conclu);

c) Un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour décider des moyens de communication et de toute condition de forme;

d) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article [8] de la présente Loi, limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour imposer cette limitation;

e) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour recourir à cette autre méthode;

f) [supprimé][47]

g) En cas de passation de marché effectuée au moyen d'une enchère ou dans laquelle une enchère précède l'attribution du marché, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour avoir recours à cette méthode, des informations concernant la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère, et les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier tout rejet des enchères présentées au cours de la procédure d'enchère;

h) Si elle décide d'abandonner la passation de marché conformément à l'article [17-1] de la présente Loi, une déclaration à cet effet et les raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre cette décision;

i) [supprimé][48]

j) Si la procédure de passation de marché a abouti à l'attribution du marché à la soumission à retenir suivante en application de l'article [20-8] de la présente Loi, une déclaration motivée à cet effet;

k) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant la documentation de préqualification, le cas échant, ou le dossier de sollicitation, les réponses à ces demandes, ainsi qu'un résumé de toute modification de la documentation de préqualification ou du dossier de sollicitation;

---

[47] Le passage supprimé correspond aux articles 11-1 j) et 41-2 de la Loi type de 1994. Dans le texte actuel, l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer dans le procès-verbal les raisons et les circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour recourir à toute méthode de passation autre qu'un appel d'offres ouvert (voir art. 25-3 du texte actuel). Le Groupe de travail n'a pas à ce jour examiné la nécessité de fournir d'autres justifications que les raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'était fondée pour recourir à la méthode de passation spécifique visée au chapitre V. Le Secrétariat comprend qu'aucune justification supplémentaire de cet ordre ne serait nécessaire pour sélectionner une méthode de passation parmi celles visées au chapitre V.

[48] Le libellé se lisant "Si la procédure de passation n'a pas abouti à la conclusion d'un marché, une déclaration motivée à cet effet" a été supprimé parce que ce cas de figure est couvert par l'alinéa précédent, compte tenu des modifications apportées à l'article 17-1.

l) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou des entrepreneurs qui ont soumis des demandes de préqualification, le cas échéant, ou qui ont présenté des soumissions;

m) S'ils sont connus de l'entité adjudicatrice, [le prix][49] ou le mode de détermination du prix, et un résumé des autres principales conditions de chaque soumission ainsi que du marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, également un résumé des principales conditions de l'accord-cadre);

n) Un résumé de l'évaluation[50] des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article [11-4 b)] de la présente Loi;

o) Si des facteurs socioéconomiques ont été pris en considération dans la procédure de passation de marché, des renseignements sur ces facteurs et la manière dont ils ont été appliqués;

p) Si la soumission est rejetée conformément à l'article [18] de la présente Loi ou si le fournisseur ou l'entrepreneur est exclu de la procédure de passation du marché conformément à l'article [19] de la présente Loi, une déclaration à cet effet et les raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre sa décision;

q) Si aucun délai d'attente n'a été appliqué, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour ne pas appliquer de délai d'attente conformément à l'article [20-3] de la présente Loi;

r) Si la procédure de passation de marché fait l'objet d'un recours en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, un résumé de la réclamation et de la procédure de recours et la décision[51] prise à chaque stade de la procédure de recours;

s) Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, un exposé des raisons et des circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre des mesures et imposer des prescriptions aux fins de protéger ces informations, y compris toutes exceptions à l'application des dispositions de la présente Loi exigeant l'information du public;

t) Les autres renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi ou des règlements en matière de passation des marchés[52].

---

[49] Disposition à examiner en se référant à la note de bas de page se rapportant au terme "prix du marché", à l'article 21 ci-dessus, conjointement avec le paragraphe 2 du présent article.

[50] Disposition modifiée conformément au paragraphe 18 du document A/CN.9/690.

[51] Disposition modifiée conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

[52] Le Secrétariat a inclus à la fin de la liste une disposition "fourre-tout" censée garantir que toutes les décisions importantes prises dans le cadre d'une procédure de passation et les raisons qui les expliquent sont inscrites au procès-verbal. Le Guide indiquera quelles décisions doivent être consignées en application des dispositions pertinentes de la Loi type, telles que la décision d'opter pour une sollicitation directe lorsqu'il y a le choix entre une sollicitation ouverte et une sollicitation directe, ou celle de limiter la participation aux enchères et aux accords-cadres ouverts en raison de contraintes technologiques (et les raisons la motivant). Il renverra en outre aux informations qui pourraient devoir être inscrites au procès-verbal en application des règlements en matière de passation de marché. Voir à cet égard les questions soulevées dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sect. H, concernant certaines informations non énumérées dans la Loi type de 1994 qu'il pourrait valoir la peine d'ajouter au procès-verbal.

2. La partie du procès-verbal visée aux alinéas a) à f)[53] du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après que la soumission à retenir a été acceptée[54] ou après que la passation de marché a été abandonnée[55, 56].

3. Sauf si elle est divulguée conformément aux dispositions de l'article [36-3] de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas g) à p)[57] du paragraphe 1 du présent article est communiquée, à leur demande, aux fournisseurs ou aux entrepreneurs qui ont présenté une soumission[58] après avoir pris connaissance de la décision d'accepter la soumission à retenir ou d'abandonner la procédure de passation de marché[59, 60]. Seul un tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée)[61] peut ordonner que la divulgation de la partie du procès-verbal visée aux alinéas k) à n)[62] soit faite plus tôt.

4. Sauf injonction d'un tribunal compétent ou ... (l'État adoptant désigne l'instance concernée), et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

---

53 Voir la note de bas de page accompagnant le terme "prix du marché" à l'article 21 ci-dessus.

54 Disposition modifiée conformément au paragraphe 143 du document A/CN.9/690.

55 Les mots "la passation de marché a été abandonnée" ont remplacé les mots "après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un accord-cadre)" figurant dans les précédents projets, compte tenu des modifications apportées à l'article 17-1 du texte actuel.

56 Le Guide précisera que cette disposition est sans préjudice du paragraphe 4 du présent article, dont l'alinéa a) énonce les motifs qui permettraient à l'entité adjudicatrice de ne pas rendre publiques certaines informations et l'alinéa b) les informations qui ne peuvent être rendues publiques.

57 Voir la note de bas de page accompagnant le terme "prix du marché" à l'article 21 ci-dessus.

58 Les mots "ou une demande de préqualification" ont été supprimés aux fins d'aligner le libellé de cet article sur celui de l'article 20-2 du texte actuel, qui restreint le groupe des fournisseurs à ceux ayant présenté une soumission. Le Secrétariat comprend que les fournisseurs disqualifiés au stade de la préqualification ne devraient pas avoir accès aux informations concernant l'examen et l'évaluation des soumissions. Les motifs de leur disqualification leur sont communiqués conformément à l'article 16-10, ce qui leur donne suffisamment d'éléments pour introduire un recours en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

59 Les mots "après que la soumission à retenir a été acceptée" ont été remplacés par les mots "après avoir pris connaissance de la décision d'accepter la soumission à retenir" pour permettre un recours efficace conformément à l'article 20-2 et aux dispositions pertinentes du chapitre VIII de la Loi type.

60 Une référence à la "décision d'abandonner la procédure de passation de marché" a remplacé les mots "après que la procédure de passation de marché a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un marché (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, après que la procédure de passation a pris fin sans aboutir à la conclusion d'un accord-cadre)", compte tenu des modifications apportées à l'article 17-1 du présent texte.

61 Voir la note de bas de page accompagnant le terme "prix du marché" à l'article 21 ci-dessus.

62 Disposition modifiée conformément au paragraphe 143 du document A/CN.9/690.

a) Aucune information du procès-verbal de la procédure de passation de marché [dont la non-divulgation est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou][63] dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale;

b) Aucune information relative à l'examen et à l'évaluation[64] des soumissions, ainsi qu'au montant des soumissions, à l'exception du résumé mentionné à l'alinéa n) du paragraphe 1 du présent article.

5. L'entité adjudicatrice enregistre, archive et conserve tous les documents relatifs à la procédure de passation de marché conformément aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres dispositions de la législation[65].

Article 23 *bis*. Code de conduite

Un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices est adopté. Il traite, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans les marchés publics et, s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation. Le code de conduite ainsi adopté est promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour[66].

---

[63] Disposition modifiée conformément aux modifications apportées à l'article 22-1 du texte actuel. Le Guide renverra à l'examen du Guide concernant les dispositions en question de l'article 22.

[64] Disposition modifiée conformément au paragraphe 18 du document A/CN.9/690.

[65] Le Guide expliquera que ces dispositions reflètent une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (art. 9-3). Le Guide expliquera aussi la nécessité de préserver les documents et renverra aux règles applicables à leur enregistrement et archivage. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec les dossiers de la passation d'un marché particulier, il peut inclure ces éléments dans les règlements.

[66] Le libellé modifié fait l'objet d'un accord lors des consultations intersessions. Le Guide renverra à l'article 5-1 de la présente Loi qui traite de la publication des textes juridiques et aux autres lois contenant des codes de conduite pertinents (A/CN.9/690, par. 144). À cet égard, il traitera aussi des préoccupations que soulève le concept de la "porte tournante" (agents publics demandant ou obtenant un emploi dans le secteur privé auprès d'entités ou de personnes qui pourraient participer à des procédures de passation de marché) et notera ainsi que les codes de conduite fixent indirectement des limites au comportement des entités ou personnes du secteur privé dans leurs relations avec ces agents (A/CN.9/690, par. 145).

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre II (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 24 à 29 *quater*, et le chapitre III (Appel d'offres ouvert) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 30 à 38.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ

SECTION I. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 24. Méthodes de passation des marchés*

1. L'entité adjudicatrice peut passer un marché en recourant aux méthodes suivantes:

a) Appel d'offres ouvert;

b) Appel d'offres restreint;

c) Demande de prix;

d) Demande de propositions sans négociation;

e) Appel d'offres en deux étapes;

f) Demande de propositions avec dialogue;

g) Demande de propositions avec négociations consécutives;

h) Négociation avec appel à la concurrence;

---

* Les États pourront choisir de ne pas incorporer toutes ces méthodes dans leur législation, mais il faudra toujours prévoir l'appel d'offres ouvert. Sur cette question, voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/…).

i) Enchère;

j) Sollicitation d'une source unique.

2. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément aux dispositions du chapitre VII de la présente Loi.

Article 25. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. Sauf disposition contraire des articles [26 à 28] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.

2. L'entité adjudicatrice peut utiliser une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert uniquement en conformité avec les articles [26 à 28] de la présente Loi. Elle choisit la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée et s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible.

3. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert, elle inclut dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode[1].

Article 26. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

1. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à l'appel d'offres restreint conformément à l'article [39] de la présente Loi lorsque:

a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2. L'entité adjudicatrice peut avoir recours à la demande de prix conformément à l'article [40] de la présente Loi pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

3. L'entité adjudicatrice peut, conformément à l'article [41] de la présente Loi, avoir recours à la demande de propositions sans négociation quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois

[1] Ce paragraphe a été conservé sans crochets conformément au document A/CN.9/690, par. 147.

achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions[2].

Article 27. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)[3]

1. [4]L'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article [42] de la présente Loi lorsqu'elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des points de la description de l'objet du marché et les formuler avec la précision requise à l'article [10] de la présente Loi et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins.

2. (Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation))[5], l'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, recourir à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article [43] de la présente Loi lorsque:

---

[2] Le Groupe de travail a estimé, provisoirement, que cette méthode de passation ne devrait pas être réservée aux marchés de services de consultants (A/CN.9/687, par. 128). Comme les banques multilatérales de développement recommandent de la réserver à ces services, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une telle limite peut être indiquée dans le Guide, où on peut également souligner qu'une méthode fondée sur l'appel d'offres pourrait être utilisée pour d'autres procédures de passation.

[3] Le Groupe de travail a confirmé sa position selon laquelle, en principe, toutes les méthodes indiquées dans la Loi type pouvaient être utilisées pour tous les types de passation de marché (A/CN.9/687, par. 128). Il a été proposé d'expliquer, dans le Guide, que les conditions d'utilisation prévues dans cet article ne pouvaient traiter entièrement les considérations soulevées par le choix de la méthode de passation et qu'en fait il ne conviendrait peut-être pas qu'elles le fassent. Le choix ne serait peut-être pas susceptible de contestation dans la pratique et l'essentiel devrait être de permettre une prise de décisions structurée de la part de l'entité adjudicatrice et de gérer les risques que de telles décisions pouvaient comporter. Le Guide présentera un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues aux articles 26 et 27 et entre celles prévues à l'article 27, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices. Le commentaire abordera en outre les éléments de ce choix qui ne pourraient pas faire l'objet d'un texte législatif et s'inspirera d'exemples tirés de la pratique (A/CN.9/687, par. 121 à 127).

[4] Le Secrétariat croit comprendre que la question liée au fait d'exiger l'approbation d'une autorité supérieure dans les méthodes indiquées au chapitre V n'a été débattue, à la dix-huitième session du Groupe de travail, que dans le contexte des dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue et aux négociations avec appel à la concurrence (A/CN.9/690, par. 152 à 155). C'est pourquoi la phrase d'ouverture, telle que celle qui apparaît au paragraphe 2 du présent article, n'a pas été incluse dans le présent paragraphe, qui traite de l'appel d'offres en deux étapes.

[5] La phrase d'ouverture a été ajoutée conformément au document A/CN.9/690, par. 152. Elle continuera, dans la Loi type, de figurer entre parenthèses (pour indiquer qu'elle est facultative pour l'État adoptant). Le Guide avertira l'État adoptant que, compte tenu des risques que comporte la méthode de passation reposant sur le dialogue, il pourra exiger que le recours à cette méthode soit soumis à l'approbation d'une autorité supérieure. Dans ce cas, il faudra que la loi nationale inclue la phrase sans parenthèses.

a) L'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article [10] de la présente Loi et estime qu'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins;

b) L'entité adjudicatrice souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) L'entité adjudicatrice conclut que la méthode choisie est, pour la passation de marché, celle qui convient le mieux à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État[6]; ou

d) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché conformément à l'article [17-1] de la présente Loi[7] et elle juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché[8].

3. [9]L'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, recourir à la demande de propositions avec négociations consécutives conformément à l'article [44] de la présente Loi quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions, et estime que des négociations consécutives avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour faire en sorte que les conditions financières du marché lui soient acceptables.

4. L'entité adjudicatrice peut avoir recours aux négociations avec appel à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article [45] de la présente Loi, dans les circonstances suivantes[10]:

a) Lorsqu'il y a besoin d'urgence de l'objet du marché et que, de ce fait, il ne serait pas réaliste de recourir à la procédure de l'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation des marchés à cause des retards que cela

---

[6] Modifié à des fins d'alignement avec le libellé correspondant des articles 22-1 et 23-4 a) du présent texte.

[7] Modifié conformément aux modifications apportées à l'article 17-1.

[8] Le Groupe de travail est invité à s'interroger sur la question de savoir si ce dernier motif peut également justifier le recours à l'appel d'offres en deux étapes. Si c'est le cas, il faut également prendre en compte les dispositions du présent alinéa au paragraphe 1 du présent article.

[9] Le Secrétariat croit comprendre que la question liée à l'intérêt d'exiger l'approbation d'une autorité supérieure dans les méthodes indiquées au chapitre V n'a été débattue, à la dix-huitième session du Groupe de travail, que dans le contexte des dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue et aux négociations avec appel à la concurrence (A/CN.9/690, par. 152 à 155). C'est pourquoi la phrase d'ouverture, telle que celle qui apparaît au paragraphe 2 du présent article, n'a pas été incluse dans le présent paragraphe, qui traite de la demande de propositions avec négociations consécutives.

[10] À sa dix-huitième session, le Groupe de travail a repoussé à une date ultérieure l'examen de propositions tendant à insérer une référence à l'approbation d'une autorité supérieure soit dans le texte de la Loi type (dans le chapeau du paragraphe 4 ou à l'alinéa c)), soit dans le Guide (A/CN.9/690, par. 152 et 155).

impliquerait, à condition que l'entité adjudicatrice n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine du besoin urgent et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'urgence, et qu'il ne serait donc pas réaliste de recourir à la procédure de l'appel d'offres ouvert ou à toute autre méthode de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait[11]; et

c) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État[12, 13].

5. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément aux dispositions de l'article [46] de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

a) L'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'extrême urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à toute autre méthode de passation des marchés à cause des retards que cela impliquerait[14];

c) L'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, des matériels, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, matériels, technologies ou services existants, compte tenu de la mesure dans laquelle le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée

---

[11] Le Guide expliquera que la phrase exclut toute référence à la sollicitation d'une source unique.

[12] Modifié à des fins d'alignement avec le libellé correspondant des articles 22-1 et 23-4 a) du présent texte.

[13] Le Guide expliquera que les dispositions des alinéas a) à c) ne portent pas atteinte au principe général énoncé à l'article 25-2 aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible quand elle choisit une méthode de passation de marché. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la négociation avec appel à la concurrence est appropriée, comme l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode qui assurera une concurrence maximale dans les circonstances de la passation considérée sans compromettre d'autres considérations non moins importantes, telles que l'urgence de la livraison de l'objet du marché.

[14] Modifié conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-huitième session (A/CN.9/690, par. 34). Le Guide expliquera que cette disposition ne porte pas atteinte au principe général énoncé à l'article 25-2 aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible quand elle choisit une méthode de passation de marché. Il est donc entendu que, lorsqu'une méthode de passation autre que la sollicitation d'une source unique est appropriée, comme la négociation avec appel à la concurrence, l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode qui assurera une concurrence maximale dans les circonstances de la passation considérée sans toutefois compromettre d'autres considérations non moins importantes, telles que l'urgence de la livraison de l'objet du marché.

du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent;

d) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État[15]; ou

e) Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant spécifie l'organe habilité à donner ladite approbation), et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique dudit État énoncée dans les règlements en matière de passation des marchés, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

Article 28. Conditions d'utilisation d'une[16] enchère

1. L'entité adjudicatrice peut, pour passer un marché, recourir à une enchère conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Loi et dans les conditions suivantes:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler une description détaillée et précise de l'objet du marché;

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère de sorte qu'une véritable concurrence soit assurée; et

c) Lorsque les critères qu'elle utilisera pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.

2. L'entité adjudicatrice peut utiliser une enchère comme étape précédant l'attribution d'un marché dans une méthode de passation conformément aux dispositions de la présente Loi. Elle peut également recourir à une enchère pour l'attribution d'un marché dans une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape conformément aux dispositions de la présente Loi[17].

---

[15] Modifié à des fins d'alignement avec le libellé correspondant des articles 22-1 et 23-4 a) du présent texte.

[16] Les références à des enchères "électroniques inversées" ont été supprimées, conformément au document A/CN.9/690, par. 39 a). Voir, également, la définition de l'enchère donnée à l'article 2, qui fait expressément référence au fait que les enchères se tiennent en ligne et qu'il s'agit d'enchères inversées.

[17] Le présent article a été scindé en deux parties, car les conditions énoncées au paragraphe 1 empêcheraient d'utiliser les enchères électroniques inversées comme étape de méthodes de passation prévues dans la Loi type. Le texte du présent paragraphe a été modifié conformément au document A/CN.9/690, par. 42 b). Le Guide précisera les méthodes de passation dans lesquelles il conviendrait ou ne conviendrait pas de tenir ces enchères.

Article 29. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre[18, 19]

1. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au chapitre VII de la présente Loi lorsqu'elle estime que:

a) L'objet du marché devrait être nécessaire de manière [récurrente ou indéterminée][20] au cours d'une période donnée; ou

b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente au cours d'une période donnée[21].

2. L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi[22].

---

18 Par manque de temps, le Groupe de travail n'a pas pu examiner, à sa dix-huitième session, les dispositions du présent article et des suivants jusqu'à l'article 41 du projet de loi type.

19 L'article a été transféré du chapitre VII.

20 L'une des questions que le Groupe de travail a décidé d'examiner à un stade ultérieur est la proposition, faite à la quinzième session, de revoir la question de l'insertion et de l'étendue des conditions d'utilisation des accords-cadres (A/CN.9/668, par. 227 à 229). Des participants à la session ont proposé au Secrétariat les variantes entre crochets, pour examen ultérieur par le Groupe de travail, en expliquant que le terme "indéterminée" signifiait que le moment de la survenance du besoin et/ou les quantités nécessaires étaient inconnus. En juillet 2009, le comité de rédaction informel composé de l'Allemagne, de l'Angola, de l'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de la France, du Maroc, du Nigéria, de la République tchèque, du Royaume-Uni, du Sénégal et de la Turquie, a recommandé que le Guide pour l'incorporation explique qu'une entité adjudicatrice devrait fournir une estimation des quantités futures dans le dossier de sollicitation, notamment pour donner des orientations aux fournisseurs potentiels sur les besoins possibles de l'acheteur public. Le Guide devrait également expliquer pourquoi la Loi type fait référence à des quantités indéterminées, en indiquant par exemple qu'il est possible qu'un article ne soit commandé qu'une fois.

21 À la quinzième session du Groupe de travail, il a été suggéré d'insérer un alinéa c) supplémentaire intitulé "Autres motifs et circonstances qui justifient le recours à une procédure d'accord-cadre", qui autoriserait, en termes généraux, l'entité adjudicatrice à recourir à des procédures d'accords-cadres sous réserve qu'elle justifie sa décision dans le procès-verbal de la procédure de passation (A/CN.9/668, par. 228). Le comité de rédaction informel a recommandé, en juillet 2009, que le Guide donne des exemples de circonstances qui pourraient justifier le recours à cette méthode de passation. Le Groupe de travail est invité à s'interroger sur la question de savoir s'il faudrait insérer un tel alinéa supplémentaire dans le texte de l'article.

22 Le présent paragraphe a été conservé sans crochets conformément à la décision prise par le Groupe de travail à propos de dispositions similaires d'autres articles du projet de version révisée de la Loi type.

SECTION II. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ

Article 29 *bis*. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marchés au moyen d'enchères

1. Une invitation à participer à l'appel d'offres ouvert ou à l'appel d'offres en deux étapes et une invitation aux enchères prévues à l'article [47] de la présente Loi sont publiées dans … (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée).

2. L'invitation est également publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale[23].

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque l'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article [16] de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier une invitation conformément au paragraphe 2 du présent article dans la passation de marchés nationaux et dans les procédures de passation dans lesquelles elle conclut, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, qu'il est probable que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront présenter des soumissions[24].

---

[23] Le Guide expliquera que la publicité internationale se développe pour promouvoir le commerce régional et faciliter les contestations à l'échelle internationale. Il renverra au paragraphe 4 de l'article, qui permet de s'exempter de la prescription énoncée au paragraphe 2.

[24] Le présent paragraphe s'inspire de l'article 23 de la Loi type de 1994. Il a été inséré conformément au document A/CN.9/690, par. 118 à 120. Le Guide soulignera que les fournisseurs étrangers devraient être autorisés à participer aux marchés de faible valeur s'ils choisissent de le faire, mais que (conformément à l'approche retenue dans la Loi type de 1994) l'entité adjudicatrice ne serait pas tenue de publier l'invitation dans un journal de grande diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international. Il expliquera également ce qu'on entend par marché de faible valeur afin d'éviter que l'État adoptant ne fixe un seuil élevé pour soustraire à la concurrence internationale la plus grosse partie de ses passations. Malgré le fait que le seuil fixé pour le marché de faible valeur ne sera pas le même et qu'il sera impossible de fixer un seuil unique pour tous les États adoptants, le Guide devrait promouvoir une interprétation commune de ce que la notion de faible valeur recouvre. Il expliquera en outre qu'il faudrait prendre en compte la faible valeur et l'absence prévisible, à l'étranger, d'intérêt pour la passation en question [c'est-à-dire que, même si l'entité adjudicatrice publiait une annonce internationale, l'absence de participation correspondante entraînerait une absence d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers; cette publication créerait donc un coût supplémentaire (notamment de traduction, le cas échéant)]. Le Guide pourra renvoyer à d'autres dispositions de son texte qui prévoient, en cas de marchés nationaux, d'autres exemptions qui pourront s'appliquer également aux marchés de faible valeur, comme l'exemption de l'obligation de fournir, dans le dossier de sollicitation, des informations relatives à la monnaie et aux langues, qui sont généralement requises dans les procédures de passation internationales.

Article 29 *ter*. Sollicitation et avis de passation de marché dans le cadre de l'appel d'offres restreint, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique

1. a) Lorsqu'elle recourt, pour passer un marché, à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées à l'article [26-1 a)] de la présente Loi[25], l'entité adjudicatrice sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu[26];

b) Lorsqu'elle recourt, pour passer un marché, à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées à l'article [26-1 b)] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable[27].

2. Lorsqu'elle recourt, pour passer un marché, à la demande de prix conformément à l'article [26-2] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice demande des prix auprès d'un aussi grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible et auprès d'au moins trois[28].

3. Lorsqu'elle recourt, pour passer un marché, à des négociations avec appel à la concurrence conformément à l'article [27-4] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable[29].

4. Lorsqu'elle recourt, pour passer un marché, à la sollicitation d'une source unique conformément à l'article [27-5] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice sollicite une proposition ou un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique[30].

5. [31]Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice publie un avis de passation de marché dans … (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre

---

[25] Le Guide donnera des exemples des cas exceptionnels dans lesquels ces raisons s'appliqueront (A/CN.9/687, par. 159 et 160).

[26] Le Guide précisera les incidences que cette disposition aura sur l'entité adjudicatrice si elle reçoit, de fournisseurs ou d'entrepreneurs, des demandes d'autorisation de soumettre en réponse à l'avis de passation publié conformément au paragraphe 5 du présent article. Le Secrétariat croit comprendre qu'il faudra autoriser ces fournisseurs à soumettre, à moins qu'ils soient disqualifiés (en cas de préqualification) ou ne respectent pas les clauses de l'avis de passation (par exemple, la déclaration à faire en application de l'article 8 de la Loi).

[27] Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'inspirent de l'article 39-2 qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.4.

[28] Les dispositions du présent paragraphe s'inspirent de la première phrase de l'article 40-1 qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.4.

[29] Les dispositions du présent paragraphe s'inspirent de la première phrase de l'article 45-1 qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5.

[30] Les dispositions du présent paragraphe s'inspirent de la première phrase de l'article 46 qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.73/Add.5.

[31] À sa dix-septième session, le Groupe de travail a décidé que l'obligation de publier l'avis de marché ne devrait pas s'appliquer à la procédure de demande de prix (A/CN.9/687, par. 171). C'est pourquoi il n'est fait, dans le présent paragraphe, aucune référence au paragraphe 2 du présent article. Le Guide devrait énoncer les raisons de cette exception.

publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée). L'avis comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;

c) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi; et

d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles [27-4 b) et 27-5 b)]. L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier une exception à l'exigence de publication de l'avis de passation prévue au paragraphe 5 du présent article[32].

Article 29 *quater*. Sollicitation dans le cadre de la procédure de demande de propositions

1. Une invitation à participer à la procédure de demande de propositions est publiée conformément à l'article [29 *bis*-1 et 2], sauf lorsque:

a) L'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article [16] de la présente Loi ou une procédure de présélection conformément à l'article [43] de la présente Loi; ou

b) L'entité adjudicatrice engage une sollicitation directe dans les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article; ou

c) L'entité adjudicatrice décide de ne pas publier l'invitation conformément à l'article [29 *bis*-2] de la présente Loi dans les conditions énoncées à l'article [29 *bis*-4] de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions si:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition que l'entité adjudicatrice

---

[32] La dernière phrase a été conservée sans crochets conformément à la décision prise par le Groupe de travail à propos de dispositions similaires d'autres articles du projet de version révisée de la Loi type.

sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable; ou

c) La passation de marché met en jeu des informations classifiées, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable[33].

3. L'entité adjudicatrice indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions[34].

4. L'entité adjudicatrice publie un avis de passation de marché conformément aux prescriptions de l'article [29 *ter*-5] lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT

SECTION I. SOLLICITATION D'OFFRES

Article 30. Procédures de sollicitation des offres

L'entité adjudicatrice sollicite des offres en émettant une invitation à soumettre une offre conformément aux dispositions de l'article [29 *bis*] de la présente Loi.

Article 31. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

L'invitation à soumettre une offre comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché qui sera conclu à l'issue de la procédure de passation de marché, y compris la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer, ou la nature des services et le lieu où ils doivent être fournis, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou pour l'achèvement des travaux, ou le calendrier pour la fourniture des services;

c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article [9] de la présente Loi;

d) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;

---

[33] Inspiré des dispositions de l'article 37-3 de la Loi type de 1994 et du document A/64/17, par. 265.

[34] Le présent paragraphe a été conservé sans crochets conformément à la décision prise par le Groupe de travail à propos de dispositions similaires d'autres articles du projet de version révisée de la Loi type.

e) Les modalités d'obtention du dossier de sollicitation et le lieu où il peut être obtenu;

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture du dossier de sollicitation;

g) Si un prix est demandé pour le dossier de sollicitation, les modalités et la monnaie de paiement[35];

h) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible[36];

i) Le mode, le lieu et le délai de présentation des offres.

Article 32. Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation à soumettre une offre conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées. Si une procédure de préqualification a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui est préqualifié et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de sollicitation ne doit refléter que le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs[37].

Article 33. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte[38] les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement des offres;

b) Les critères et procédures, conformément aux dispositions de l'article [9] de la présente Loi, qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et pour confirmer les qualifications en application de l'article [37-6] de la présente Loi;

c) Les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications;

d) La description de l'objet du marché, conformément à l'article [10] de la présente Loi; la quantité de biens[39]; les services à exécuter; le lieu où les biens

---

35 Modifié conformément au document A/CN.9/690, par. 22 b). Le Guide notera que l'entité adjudicatrice pourra décider de ne pas insérer de référence à la monnaie de paiement dans les marchés nationaux si cela se révèle, en l'espèce, inutile.

36 Modifié conformément au document A/CN.9/690, par. 22 b). Le Guide notera que l'entité adjudicatrice pourra décider de ne pas mentionner cette information dans les marchés nationaux si cela se révèle, en l'espèce, inutile, et ajoutera qu'il pourra toujours importer d'indiquer, dans certains pays multilingues, la ou les langues utilisées.

37 Le commentaire du Guide accompagnant cette disposition et des dispositions similaires tout au long de la Loi type précisera que l'entité ne peut pas recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité) par le biais de cette disposition et que le prix demandé devrait se limiter aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant).

38 A/CN.9/687, par. 133.

doivent être livrés, où les travaux doivent être effectués ou encore où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services[40];

e) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties[41];

f) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées;

g) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être présentées;

h) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé[42];

j) La ou les langues, conformément à l'article [13] de la présente Loi, dans lesquelles les offres doivent être établies[43];

k) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs présentant des offres conformément à l'article [15] de la présente Loi, et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux;

l) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

m) Le mode, le lieu et le délai de présentation des offres, conformément à l'article [13 *bis*] de la présente Loi[44];

---

39 Le Guide précisera que, dans certains cas, il peut s'agir de la quantité estimative, avec des renvois aux dispositions pertinentes dans le chapitre sur les accords-cadres.

40 A/CN.9/687, par. 136.

41 Le Guide précisera le sens des mots "document contractuel" dans cette disposition, par opposition aux exigences figurant à l'alinéa x) du présent article.

42 Modifié conformément au document A/CN.9/690, par. 22 b). Le Guide notera que l'entité adjudicatrice pourra décider de ne pas insérer de référence à la monnaie dans les marchés nationaux si cela se révèle, en l'espèce, inutile.

43 Modifié conformément au document A/CN.9/690, par. 22 b). Le Guide notera que l'entité adjudicatrice pourra décider de ne pas mentionner cette information dans les marchés nationaux si cela se révèle, en l'espèce, inutile, et ajoutera qu'il pourra toujours importer d'indiquer, dans certains pays multilingues, la ou les langues utilisées.

n) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article [14] de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

o) La période de validité des offres, conformément à l'article [35] de la présente Loi;

p) Le mode, le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article [36] de la présente Loi[45];

q) Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché;

r) Les critères et la procédure d'évaluation des offres, conformément à l'article [11] de la présente Loi;

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des offres en application de l'article [37-5] de la présente Loi et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée[46];

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit[47] où ces lois et règlements peuvent être consultés;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) [supprimé][48]

w) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai

---

44 A/CN.9/687, par. 139.

45 Ibid.

46 Modifié conformément au document A/CN.9/690, par. 22 b). Le Guide notera que l'entité adjudicatrice pourra décider de ne pas insérer de référence à la monnaie dans les marchés nationaux si cela se révèle, en l'espèce, inutile.

47 La mention de l'endroit a été ajoutée par le Secrétariat compte tenu des suggestions des experts. Le Guide précisera qu'il ne s'agit pas du lieu physique mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc., où les textes de lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

48 La référence à tout engagement devant être pris extérieurement au marché a été supprimée du présent article et des autres endroits du projet de texte où elle figurait, conformément au document A/CN.9/690, par. 39 h).

d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois que l'offre à retenir a été acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] de la présente Loi et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

y) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché[49].

SECTION II. PRÉSENTATION DES OFFRES

Article 34. Présentation des offres

[*Les anciens paragraphes 1 à 4 ont été supprimés pour tenir compte du nouvel article 13* bis *proposé*.]

1. Les offres sont présentées selon le mode, le lieu et le délai spécifiés dans le dossier de sollicitation.

2. a) Les offres sont présentées par écrit et sont signées, et:

i) Si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation, qui assurent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;

b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue[50];

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que leur contenu ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi.

3. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de présentation des offres n'est pas ouverte et est renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée.

---

[49] Dans le contexte de la discussion tenue à la dix-septième session du Groupe de travail sur la correction des erreurs arithmétiques (projet d'article 37-1), on s'est demandé s'il pouvait être utile d'exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont de telles erreurs seraient corrigées (A/CN.9/687, par. 151). Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être se demander s'il convient de modifier l'article pour prévoir une telle exigence.

[50] Le Guide examinera la nature du reçu devant être délivré et indiquera que la certification de la réception par l'entité adjudicatrice a un caractère irréfragable (A/CN.9/668, par. 173).

Article 35. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valides pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission[51];

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de présentation des offres.

SECTION III. ÉVALUATION DES OFFRES

Article 36. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres[52]. Elles sont ouvertes sur le lieu et selon le mode et les procédures spécifiés dans le dossier de sollicitation[53].

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être

---

[51] Le Guide précisera que, dans ce cas, l'offre du fournisseur ou de l'entrepreneur cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité initiale spécifiée dans le dossier de sollicitation (A/CN.9/687, par. 143).

[52] Les mots "ou à la date indiquée en cas de report de la date limite initiale" ont été supprimés au regard de la définition du dossier de sollicitation, qui prend en compte les modifications apportées au dossier: tout report de la date limite initialement prévue dans le dossier de sollicitation est considéré comme une modification du dossier de sollicitation initialement publié.

[53] Le Guide expliquera les risques qu'il y a à s'écarter des exigences de la Loi type aux termes de laquelle les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres, et les considérations d'ordre pratique dont il faudrait tenir compte pour se conformer à ces exigences (A/CN.9/687, par. 150).

présents à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être pleinement informés de l'ouverture des offres en direct[54].

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et consignés immédiatement au procès-verbal de la procédure d'appel d'offres requis à l'article [23][55].

Article 37. Examen et évaluation des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier un fournisseur ou un entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre, afin d'en faciliter l'examen et l'évaluation;

b) L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a présenté l'offre[56];

c) Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée[57].

2. a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice considère une offre comme étant conforme si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [10] de la présente Loi;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer une offre comme conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou des oublis qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation des offres.

3. L'entité adjudicatrice rejette une offre:

a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'a pas les qualifications requises;

---

54 Le Guide précisera que le lieu, le mode et les procédures fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres devraient permettre la présence des fournisseurs ou des entrepreneurs (A/CN.9/668, par. 178). Il donnera également des précisions sur la présence "présumée" ou "virtuelle" des fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des offres.

55 Le Guide expliquera que toutes les offres reçues après la date limite seront renvoyées sans avoir été ouvertes, mais que leur soumission (tardive) sera consignée au procès-verbal.

56 Le Guide précisera les règles et principes applicables à la correction, par l'entité adjudicatrice, des erreurs arithmétiques.

57 Le paragraphe a été reformulé pour que l'exigence de l'alinéa c) s'applique à la fois aux aliénas a) et b). Dans le texte de 1994, cette exigence figurait uniquement à l'alinéa a), ce qui soulevait des questions sur l'étendue des corrections qu'il était permis d'apporter aux erreurs arithmétiques au titre de l'alinéa b). Le Secrétariat croit comprendre qu'au titre des alinéas a) et b), aucune modification ne peut être apportée quant au fond.

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b) du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées à l'article [18 ou 19] de la présente Loi.

4. a) L'entité adjudicatrice évalue les offres qui n'ont pas été rejetées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux procédures et critères énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère ne peut être utilisé s'il ne figure pas dans le dossier de sollicitation;

b) L'offre à retenir est:

i) Lorsque le prix est le seul critère d'attribution, l'offre proposant le prix le plus bas[58]; ou

ii) Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, l'offre la plus avantageuse[59] établie sur la base des critères et procédures d'évaluation des offres spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article [11] de la présente Loi.

5. Lorsque les prix soumissionnés sont exprimés dans deux monnaies ou plus, aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la monnaie indiquée dans le dossier de sollicitation conformément au taux spécifié dans ce dernier en application de l'article [33 s)] de la présente Loi[60].

6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article [16] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice peut exiger du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, qu'il confirme ses qualifications selon des critères et procédures conformes aux dispositions de l'article [9] de la présente Loi. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de préqualification a été ouverte, les critères sont ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article, mais ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et en retient une autre, conformément au paragraphe 4 du présent article, parmi les offres restantes en cours de validité, étant entendu qu'elle se réserve le droit d'abandonner la passation de marché, conformément à l'article [17-1] de la présente Loi.

8. Les informations relatives à l'examen, à la clarification et à l'évaluation des offres ne sont pas révélées aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni à aucune autre

---

58 A/CN.9/687, par. 153.

59 A/CN.9/687, par. 153 et 155. Le Guide mettra en évidence l'évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994 pour justifier le remplacement des termes "offre la plus basse selon l'évaluation" utilisés dans ce contexte dans la Loi type de 1994.

60 A/CN.9/687, par. 157.

personne ne participant pas officiellement à l'examen ou à l'évaluation des offres ou au choix de l'offre à retenir, sous réserve des dispositions des articles [20, 22, 23 et 36-3] de la présente Loi[61].

Article 38. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre qu'il a présentée.

---

[61] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la nécessité de cette disposition à la lumière de l'article 22.

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre IV (Procédures d'appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation) qui comprend les articles 39 à 41 de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE IV. PROCÉDURES D'APPEL D'OFFRES RESTREINT, DEMANDE DE PRIX ET DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION[1]

Article 39. Appel d'offres restreint[2]

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres conformément aux dispositions de l'article [29 *ter*] de la présente Loi.

2. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

Article 40. Demande de prix

1. L'entité adjudicatrice demande des prix conformément aux dispositions de l'article [29 *ter*] de la présente Loi[3]. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est avisé lorsque des éléments autres que les frais pour l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur n'est autorisé à donner qu'un seul prix et n'est pas autorisé à le modifier. Il ne peut pas y avoir de négociations entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet d'un prix qu'il a donné.

---

[1] Le titre du chapitre a été révisé conformément au paragraphe 149 du document A/CN.9/690.

[2] L'article a été révisé conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (en particulier, les dispositions sur la procédure de présélection ont été supprimées) (A/CN.9/687, par. 159 à 169) et compte tenu de la nouvelle section II du chapitre II, en particulier l'article 29 *ter* qui comporte certaines dispositions figurant auparavant dans cet article.

[3] Disposition modifiée compte tenu du nouvel article 29 *ter*.

3. Le prix à retenir est le prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix[4].

Article 41. Demande de propositions sans négociation

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en émettant une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation conformément à l'article [29 *quater*] de la présente Loi, sauf disposition contraire de cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent présenter pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9] de la présente Loi;

e) Les critères et procédures pour l'ouverture des propositions ainsi que pour leur examen et évaluation, conformément aux articles [10 et 11] de la présente Loi, y compris les exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives qu'elles doivent satisfaire pour être jugées conformes, au sens de l'article [10] de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

f) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;

g) Les modalités d'obtention de la sollicitation de propositions et le lieu où elle peut être obtenue;

h) Le prix exigé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la demande de propositions;

i) Si un prix est exigé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement de cette demande[5];

j) La ou les langues dans lesquelles les demandes de propositions sont disponibles[6];

---

[4] A/CN.9/687, par. 170.

[5] Disposition modifiée conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas indiquer la monnaie de paiement en cas de passation d'un marché national, si les circonstances rendent cette information superflue.

[6] Disposition modifiée conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, et précisera que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues.

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à une procédure de demande de propositions sans négociations a été publiée conformément aux dispositions de l'article [29 *quater*] de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés conformément à l'article [16] de la présente Loi;

c) En cas de sollicitation directe, à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés par l'entité adjudicatrice[7];

et qui acquittent le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la sollicitation de propositions correspond uniquement au coût de sa fourniture aux fournisseurs ou entrepreneurs[8].

4. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à e) et k) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions, dont des instructions priant les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les caractéristiques techniques et qualitatives de la proposition et l'autre les aspects financiers;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées[9];

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée[10];

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement,

---

[7] Le Secrétariat croit comprendre que les dispositions sur la présélection de l'article 43 du projet actuel ne s'appliqueraient pas à cette méthode de passation et que, pour cette raison, ces dispositions ne sont pas reproduites ici.

[8] Disposition modifiée par souci d'harmonisation avec les libellés similaires figurant dans d'autres parties du projet actuel.

[9] Disposition fondée sur l'article 38 i) de la Loi type de 1994.

[10] Disposition fondée sur les alinéas j) et n) de l'article 38 de la Loi type de 1994 et modifiée conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas indiquer la monnaie de paiement en cas de passation d'un marché national, si les circonstances rendent cette information superflue.

d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes[11];

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article [14] de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une déclaration précisant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs[12];

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit[13] où ces lois et règlements peuvent être consultés[14];

g) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire[15];

h) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application[16];

i) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation[17];

j) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché[18].

5. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions, l'entité adjudicatrice en examine et évalue les caractéristiques techniques et qualitatives conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.

---

[11] Disposition fondée sur l'alinéa k) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

[12] Disposition fondée sur l'alinéa q) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

[13] La mention de l'endroit a été ajoutée par le Secrétariat à la suggestion des experts. Le commentaire du Guide précisera qu'il ne s'agit pas du lieu physique, mais plutôt d'une publication officielle, d'un portail, etc., où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public et systématiquement actualisés.

[14] Disposition fondée sur l'alinéa s) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

[15] Disposition fondée sur l'alinéa p) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

[16] Disposition fondée sur l'alinéa t) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

[17] Disposition fondée sur l'alinéa u) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

[18] Disposition fondée sur l'alinéa v) de l'article 38 de la Loi type de 1994.

6. Les résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques et qualitatives des propositions sont immédiatement inscrits au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

7. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives ne répondent pas aux exigences minimales applicables sont considérées comme non conformes et sont rejetées pour ce motif. L'avis de rejet et les raisons du rejet[19], ainsi que l'enveloppe non ouverte contenant les aspects financiers de la proposition, sont promptement envoyés à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

8. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables, ou les dépassent, sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière. Elle invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leur proposition.

9. Il est donné lecture de la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de chaque proposition conforme et des aspects financiers correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 8 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions.

10. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix[20].

---

[19] A/CN.9/687, par. 178.

[20] A/CN.9/687, par. 179 à 181. Cet article vise l'attribution d'un marché selon la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix. Le commentaire du Guide précisera que l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché à la proposition offrant le prix le plus bas uniquement si elle fixe un seuil suffisamment élevé pour les caractéristiques qualitatives et techniques minimales des propositions. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice examinerait les caractéristiques techniques et qualitatives des propositions avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers, et rejetterait celles qui ne sont pas conformes. Aucune évaluation des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions conformes ne serait effectuée et donc aucune note ne serait attribuée dans la mesure où les notes ne sont pas utiles lorsque le marché est attribué à la proposition conforme offrant le prix le plus bas.

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre V (Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique), qui comprend les articles 42 à 46, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE[1]

Article 42. Appel d'offres en deux étapes[2]

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de présenter, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des

---

[1] Le titre du chapitre a été révisé conformément au paragraphe 149 du document A/CN.9/690.

[2] Le Guide examinera les variantes de l'appel d'offres en deux étapes utilisées dans la pratique, expliquera que le présent article couvre les caractéristiques essentielles de cette méthode et exposera les risques de collusion qu'elle présente.

dispositions de la présente Loi[3], des discussions au sujet de tout aspect de leur offre. Lorsque l'entité adjudicatrice engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre des chances égales de participer aux discussions à tous les fournisseurs ou entrepreneurs.

4. a) Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive accompagnée d'un prix correspondant à une description unique de l'objet du marché;

b) Lorsqu'elle formule cette description[4], elle peut supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché, tel qu'énoncé dans le dossier de sollicitation, et ajouter toute nouvelle caractéristique conforme aux dispositions de la présente Loi;

c) Elle peut supprimer ou modifier tout critère pour l'examen ou l'évaluation des offres énoncé dans le dossier de sollicitation et ajouter tout nouveau critère conforme aux dispositions de la présente Loi, dans la mesure uniquement où la suppression ou la modification est rendue nécessaire par les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché[5];

d) Toute suppression, toute modification ou tout ajout effectué en application des alinéas b) ou c) du présent paragraphe est porté à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive qui leur est adressée;

---

[3] Le Guide renverra aux dispositions pertinentes, en soulignant que cette procédure implique une évaluation de la conformité. Le Groupe de travail estimera peut-être, comme il a été proposé lors des consultations intersessions, que la disposition elle-même devrait renvoyer expressément aux dispositions de l'article 37-3 a) à c) et de l'article 19 du présent projet (l'article 37-3 d) n'est pas mentionné, car il fait également référence à l'article 18 (rejet de la soumission au motif qu'elle est anormalement basse) qui n'est pas applicable en l'espèce, puisqu'aucun prix soumissionné n'est connu de l'entité adjudicatrice à cette étape de l'examen).

[4] Des propositions ont été faites lors des consultations intersessions visant à mentionner, dans ces dispositions, l'article [22] de la présente Loi. Étant donné que l'article 22, dans sa partie pertinente, s'applique non seulement au présent alinéa, mais aussi aux alinéas c) et d), ainsi qu'au paragraphe 3 ci-dessus, le Secrétariat est d'avis qu'effectuer un renvoi à l'article 22 uniquement dans la présente disposition prêtera à confusion. Étant donné que l'article 22 est d'application générale, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il peut suffire d'y renvoyer, en cas de besoin, dans le Guide uniquement. En ce qui concerne plus particulièrement le présent article, le Guide expliquerait quelles sont les dispositions de l'article 22 qui sont pertinentes pour le paragraphe 3, et celles qui le sont pour les alinéas b), c) et d) du paragraphe 4. L'objectif général est d'insister sur le fait que l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs utilisées lors de la première étape, non seulement durant les discussions, mais aussi lors de la révision des dossiers de sollicitation et lors de la communication des révisions aux fournisseurs ou entrepreneurs, respectant en cela les exigences de l'article 22 de la présente Loi. Le Guide insistera sur l'importance de cette garantie pour assurer la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à ce type d'appel d'offres en deux étapes.

[5] Le Guide expliquera que les modifications des caractéristiques techniques ou qualitatives entraîneront peut-être nécessairement des modifications des critères d'examen et/ou d'évaluation, car autrement ces critères, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux caractéristiques techniques et qualitatives applicables.

e) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir[6];

f) Les offres définitives sont évaluées[7] en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article [37-4 b)] de la présente Loi.

Article 43. Demande de propositions avec dialogue[8]

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en émettant une invitation à participer à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article [29 *quater*] de la présente Loi, sauf disposition contraire de cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Pour autant qu'elle soit connue, une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, pour autant qu'elles soient déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Les étapes prévues de la procédure;

e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article [9] de la présente Loi;

f) Les exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes selon l'article [10] de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne satisfaisant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

---

6 Le Guide précisera comment s'applique l'article relatif aux garanties de soumission dans le contexte des procédures en deux étapes, en indiquant notamment à quelle étape d'une procédure de telles garanties peuvent être requises.

7 Modifié conformément au paragraphe 18 du document A/CN.9/690.

8 Le Guide expliquera que cette méthode est possible pour tous les types de marchés, y compris les marchés de services consultatifs non quantifiables. Il expliquera également que, pour ces derniers, les règlements pourraient prévoir des étapes ou dispositions supplémentaires. Par exemple, il n'est pas nécessaire que les propositions contiennent des éléments financiers ou mentionnent le prix lorsque le coût n'est pas un critère d'évaluation, ou n'est pas un critère d'évaluation important. S'agissant des critères d'évaluation dans ce type de marchés, le Guide pourrait expliquer que, pour les services consultatifs non quantifiables, ils incluent généralement: i) l'expérience du prestataire de services pour la mission concernée, ii) la qualité de la compréhension de la mission envisagée et de la méthodologie proposée, iii) les qualifications du personnel clef proposé, iv) le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément important de la passation du marché ou fait partie intégrante de la description de la mission et v), le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux, parmi le personnel clef, à la prestation des services.

g) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;

h) Les moyens d'obtenir la demande de propositions et le lieu où elle peut être obtenue;

i) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la fourniture de la demande de propositions;

j) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement de cette demande[9];

k) La ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible[10];

l) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions[11].

3. Pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demande des propositions, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection. Les dispositions de l'article [16] de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à cette procédure, sauf dans la mesure où le présent paragraphe déroge auxdites dispositions:

a) L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de présélection qu'elle ne demandera des propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de qualification spécifiés dans le dossier de présélection;

b) Le dossier de présélection indique le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la manière dont ils seront sélectionnés. Pour déterminer ce nombre, l'entité adjudicatrice tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence véritable;

c) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères de qualification spécifiés dans le dossier de présélection en appliquant le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à participer à la procédure de présélection et le dossier de présélection;

d) L'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu la meilleure note; elle n'en retient pas plus que le nombre maximum indiqué dans le dossier de présélection, et pas moins de trois si possible;

e) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non présélectionnés qui en font la demande les raisons de leur non-présélection. Elle communique à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

---

[9] Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure de référence à la monnaie de paiement en cas de passation d'un marché national, si cela est inutile en l'espèce.

[10] Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si cela est inutile en l'espèce, et ajoutera qu'il peut rester important d'indiquer la ou les langues dans certains pays multilingues.

[11] Des modifications ont été apportées à l'énumération pour l'aligner sur celle de l'article 41 du présent projet.

4. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à la demande de propositions avec dialogue a été émise conformément aux dispositions de l'article [29 *quater*] de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article [16] de la présente Loi;

c) Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, à chaque fournisseur ou entrepreneur présélectionné conformément aux procédures et conditions spécifiées dans le dossier de présélection;

d) En cas de sollicitation directe, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné qui paye le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour la demande de propositions ne doit refléter que le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs[12].

5. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à f) et l) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée[13];

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, conformément à l'article [14] de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

f) Tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition du marché qui ne fera pas l'objet d'un dialogue pendant la procédure;

---

[12] Modifié pour être aligné sur le libellé figurant dans d'autres parties du présent projet.

[13] Fondé sur les alinéas j) et n) de l'article 38 de la Loi type de 1994. Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure de référence à la monnaie de paiement en cas de passation d'un marché national, si cela est inutile en l'espèce.

g) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue, le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois, si possible, et, le cas échéant, leur nombre maximum ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés conformément aux dispositions de la présente Loi, pour déterminer ce nombre;

h) Les critères et la procédure d'évaluation des propositions conformément à l'article [11] de la présente Loi[14];

i) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

j) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

k) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

l) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

m) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation du marché[15, 16].

6. a) L'entité adjudicatrice examine toutes les propositions reçues sur la base des exigences minimales établies et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme;

b) Lorsque le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être invités à participer au dialogue a été déterminé et que le nombre de propositions conformes est supérieur à celui-ci, l'entité adjudicatrice sélectionne le nombre

---

[14] Le Guide traitera de la question des sous-critères et fournira les orientations nécessaires pour veiller à donner une description fidèle des critères d'évaluation. Le degré de souplesse devrait peut-être varier à cet égard selon les types de passation de marchés.

[15] Modifié conformément au paragraphe 22 c) du document A/CN.9/690. Le Guide analysera en détail l'avantage d'inclure des informations concernant le calendrier envisagé pour la procédure.

[16] Quelques modifications ont été apportées à l'énumération pour l'aligner sur celle de l'article 41 du présent projet.

maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions;

c) L'avis de rejet et les raisons du rejet sont promptement expédiés à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

7. L'entité adjudicatrice invite à participer au dialogue chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme, dans la limite du nombre maximum applicable. Elle veille à ce que le nombre de fournisseurs invités soit suffisant pour assurer une concurrence véritable, et soit au moins de trois, si possible.

8. Le dialogue est mené par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice de façon concomitante.

9. Pendant le déroulement du dialogue, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification ou d'évaluation, ni aucune exigence minimale établie conformément au paragraphe 2 f) du présent article, ni aucun élément de la description de l'objet du marché ou condition du marché[17] qui ne fait pas l'objet du dialogue, tels que notifiés dans la demande de propositions[18].

10. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information générés durant le dialogue qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont communiqués également, en même temps, à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité figurant à l'article [22] de la présente Loi[19].

11. À l'issue du dialogue, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de présenter leur meilleure offre définitive couvrant tous les aspects de leurs propositions. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.

12. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive[20].

13. L'offre à retenir est celle qui, d'après les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions, répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

---

[17] Modifié pour être aligné sur les paragraphes 2 f) et 5 f) du présent article.

[18] Le Guide expliquera pourquoi d'autres modifications doivent pouvoir être apportées dans cette méthode de passation, et que les critères d'évaluation devraient être suffisamment détaillés pour éviter l'arbitraire. Il expliquera également que les dispositions visent à empêcher l'entité adjudicatrice de procéder aux modifications décrites (mais n'empêcheraient pas les fournisseurs de modifier leurs propositions à l'issue du dialogue) (A/CN.9/690, par. 22 d)).

[19] Le Guide renverra à l'article 22 qui porte sur le consentement à la divulgation d'informations confidentielles parmi les fournisseurs.

[20] Ajouté pour apaiser une des craintes exprimées par des banques multilatérales de développement à propos de cette méthode de passation de marchés.

Article 44. Demande de propositions avec négociations consécutives[21]

1. Les dispositions de l'article [41-1 à 7][22] de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à une passation de marché reposant sur une demande de

---

[21] Le Groupe de travail a décidé que cette méthode de passation de marchés ne devrait pas être limitée aux services consultatifs, mais que le Guide en examinerait l'historique et l'utilisation, en particulier dans le cadre des projets financés par des banques multilatérales de développement, pour permettre aux États adoptants de déterminer s'ils souhaitent la restreindre ou non lors de l'élaboration de textes législatifs fondés sur la Loi type (A/CN.9/690, par. 26). Selon les propositions faites durant les consultations intersessions, le Guide devrait également examiner le désavantage non négligeable que comportent les négociations consécutives, du fait en particulier de la perte du pouvoir de négociation que permettent les négociations concomitantes (l'entité adjudicatrice est désavantagée, car le fournisseur le mieux classé n'est guère incité à négocier). Comme il a été proposé, le Guide signalera que ce désavantage pourrait être en partie atténué si le dossier de sollicitation fixe une durée pour les négociations et si le fournisseur le mieux classé court le risque que l'entité adjudicatrice mette fin aux négociations à tout moment et que celles-ci aboutissent avec d'autres fournisseurs participants, ces derniers étant incités à améliorer leur offre pour remporter le marché. Le Guide indiquera néanmoins que l'entité adjudicatrice pourrait, ce faisant, avoir à supporter des coûts et courir le risque de se trouver dans l'embarras si elle doit mettre fin aux négociations avec le fournisseur le mieux classé (l'entité adjudicatrice sera inévitablement critiquée pour avoir réalisé des économies au détriment de considérations d'ordre qualitatif et technique). Le Guide devrait donc expliquer que le bien-fondé de cette méthode dépend des circonstances (par exemple lorsque l'entité adjudicatrice peut effectivement se permettre de faire des compromis sur la qualité; si tel n'est pas le cas, la méthode décrite à l'article 41 semble être la seule autre option). Dépendra aussi des circonstances la décision de l'entité adjudicatrice de se tourner vers le deuxième, troisième, quatrième, etc. meilleur fournisseur (s'il existe de très grandes différences de qualité entre eux, l'entité adjudicatrice peut toujours abandonner la passation). En dépit de tous ces inconvénients, le Guide expliquera que, pour le type de marché visé par cette méthode, il n'est pas approprié d'envisager, comme alternative aux négociations consécutives, des négociations simultanées en raison des risques de corruption. En outre, le Guide devra expliquer les raisons pour lesquelles le Groupe de travail a décidé d'abandonner l'idée de permettre à l'entité adjudicatrice de sélectionner la meilleure offre au terme des négociations consécutives avec tous les fournisseurs ayant soumis des offres conformes, et a préféré décider que l'entité ne devrait pas pouvoir attribuer le marché à un fournisseur si elle avait mis fin aux négociations avec lui (A/CN.9/690, par. 30). À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'adéquation de l'explication figurant dans la note de bas de page pertinente ci-dessous.

[22] Bien que les précédents projets aient renvoyé aux dispositions de l'article 43, compte tenu des modifications apportées aux conditions d'utilisation de cette méthode de passation à l'article 27-3 du présent projet, le secrétariat croit comprendre que cette méthode devrait être considérée comme une variante de la méthode décrite à l'article 41 plutôt que de celle décrite à l'article 43 [ce qui serait également cohérent avec l'approche suivie par la Loi type de 1994 (voir article 44)]. Le paragraphe a été reformulé en conséquence dans le présent projet. Bien que, à sa dix-huitième session, le Groupe de travail soit convenu que la présélection devrait être envisagée dans cette méthode de passation (A/CN.9/690, par. 31), le secrétariat croit comprendre que la présélection ne serait appropriée ni pour la méthode décrite à l'article 41 ni pour celle décrite à l'article 44. Le Groupe de travail est convenu d'inclure des dispositions relatives à la présélection dans l'article 43 au motif que la tenue de négociations simultanées avec un grand nombre de fournisseurs qualifiés serait longue et coûteuse, plus particulièrement au vu du type de marché visé dans cet article (vaste et complexe, à l'instar de ceux visés par les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé qui prévoient également une présélection). La situation est différente pour les méthodes décrites aux articles 41 et 44 qui visent des types de marché plus simples, où plus la liste d'enchérisseurs

propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.

2. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables, ou les dépassent, sont considérées comme conformes[23]. L'entité adjudicatrice note[24] chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions et:

a) Elle communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière et son classement[25];

b) Elle invite le fournisseur ou l'entrepreneur ayant obtenu la meilleure note en application de ces critères et de cette procédure à des négociations sur les aspects financiers de sa proposition[26]; et

c) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché.

3. S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, l'entité adjudicatrice informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations[27].

---

dont les offres sont conformes est longue, plus les chances de sélectionner la soumission satisfaisant le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice sont grandes. Ces deux méthodes prévoient une procédure simple pour la sélection de la soumission à retenir, les considérations de temps et de coût n'étant ainsi pas pertinentes.

23 La première phrase a été ajoutée pour aligner le libellé du paragraphe sur les dispositions correspondantes de l'article 41-8 du présent projet.

24 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les termes "classement" et "classer" devraient se substituer aux termes "note" et "noter" tout au long du présent article, comparativement à l'article 41.

25 Le présent alinéa a été ajouté pour aligner le libellé du paragraphe sur les dispositions correspondantes de l'article 41-8 du présent projet.

26 Modifié conformément au paragraphe 29 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera, en renvoyant au paragraphe 5 du présent article, qu'aucun des aspects de la proposition qui avaient été examinés pour déterminer la conformité des propositions et évaluer leurs caractéristiques techniques et qualitatives ne devrait ensuite pouvoir faire l'objet de négociations.

27 Le commentaire du Guide relatif à la présente disposition et à d'autres dispositions du présent article où apparaît la notion de "mettre fin" aux négociations expliquera que ces mots signifient que cette notion englobe le rejet du prix final proposé par un fournisseur et donc l'exclusion de ce dernier de toute participation à la suite de la procédure de passation. Ainsi, si l'entité adjudicatrice met fin aux négociations avec un ou plusieurs fournisseurs conformément à l'article 44-3 et 4 elle ne peut pas leur attribuer le marché. Le Guide signalera également que la CNUDCI a soigneusement examiné les avis selon lesquels cette approche pourrait être perçue comme trop stricte, l'entité adjudicatrice ne sachant quelle est en fait la meilleure offre qu'à l'issue de la procédure, et d'autres avis selon lesquels, s'il ne devrait pas être permis à l'entité adjudicatrice de rouvrir les négociations afin d'éviter qu'elles ne durent indéfiniment et puissent conduire à des abus et des retards, elle devrait néanmoins être autorisée à accepter la meilleure offre (et à attribuer le marché au fournisseur qui l'a proposée). Cependant, la CNUDCI a choisi d'imposer l'interdiction au paragraphe 6 de l'article 44, afin de ne pas trop mettre l'accent sur la

4. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou cet entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.

5. Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne modifie pas l'objet du marché, ni aucun critère de qualification, d'examen ou d'évaluation, y compris les exigences minimales établies, ni aucun élément de la description de l'objet du marché ou condition du marché autre que les aspects financiers des propositions qui font l'objet des négociations, tels que notifiés dans la demande de propositions[28].

6. L'entité adjudicatrice ne peut pas rouvrir des négociations avec des fournisseurs ou entrepreneurs, une fois qu'elle y a mis fin[29].

Article 45. Négociations avec appel à la concurrence[30]

1. Les dispositions de l'article [29 *ter*] de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant les négociations[31].

2. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation du marché avec l'entité adjudicatrice, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur, ou qu'une telle communication ne viole les dispositions relatives à la confidentialité de l'article [22] de la présente Loi.

---

concurrence sur les aspects financiers dans les types de marché pour lesquels cette méthode de passation est essentiellement conçue (comme les marchés de services d'architecture et d'ingénierie), et où les considérations de qualité technique sont particulièrement importantes (A/CN.9/690, par. 30, et partie pertinente du Guide pour l'incorporation de 1994).

28 Modifié conformément au paragraphe 29 du document A/CN.9/690 et compte tenu de la suppression de la définition de "modification substantielle". La disposition s'inspire de l'article 43-9 du présent projet.

29 Modifié conformément au paragraphe 30 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera ce que signifie "mettre fin" aux négociations. Voir la note de bas de page pertinente ci-dessus.

30 Le Guide expliquera que cette méthode est une alternative à la sollicitation d'une source unique plutôt qu'aux autres méthodes décrites au chapitre V de la Loi type, et qu'elle a pour objectif premier de faire face à des situations d'urgence. Le Guide expliquera que, au moment de faire un choix entre des négociations avec appel à la concurrence et une sollicitation d'une source unique en fonction des circonstances, l'entité adjudicatrice devra tenir compte de l'obligation, énoncée à l'article 25-2 de la présente Loi, d'assurer une concurrence maximale et de la nécessité d'évaluer le degré d'urgence (A/CN.9/690, par. 33 et 34).

31 Modifié conformément au nouvel article 29 *ter* qui incorpore ce qui était la première phrase du présent paragraphe.

3. Une fois les négociations achevées, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent encore à la procédure de présenter, à une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions[32].

4. L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 46. Sollicitation d'une source unique

Les dispositions de l'article [29 *ter*] de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant la sollicitation d'une proposition ou d'un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique. L'entité adjudicatrice engage des négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur duquel une proposition ou un prix est sollicité, à moins que de telles négociations ne soient pas possibles dans les circonstances de la passation en question[33].

---

32 Il a été proposé, lors des consultations intersessions, de supprimer le présent paragraphe, étant donné qu'aucune sollicitation des meilleures offres définitives ne suivra ce type de négociations. Le Secrétariat attire l'attention du Groupe du travail sur le fait que les dispositions se fondent sur l'article 49-4 de la Loi type de 1994 que le Groupe de travail n'a pas encore décidé de modifier. Ce dernier estimera peut-être que la suppression du présent paragraphe éliminerait la seule garantie contre les abus dans cette méthode de passation de marchés. Plus particulièrement, l'étape à laquelle il est fait référence place tous les fournisseurs participants sur un pied d'égalité quant à la réception d'informations sur le fait qu'il a été mis fin aux négociations. Elle laisse également des traces pour l'audit concernant les offres effectivement présentées à l'entité adjudicatrice et que cette dernière aurait dû examiner lors de la sélection conformément au paragraphe 4 du présent article. Si cette étape est supprimée, une grande liberté sera laissée à l'entité adjudicatrice pour décider du fournisseur ou de l'entrepreneur avec qui le contrat sera conclu, sans aucune transparence et traces vérifiables permettant d'engager efficacement un recours.

33 Modifié conformément aux paragraphes 36 et 37 du document A/CN.9/690 et au nouvel article 29 *ter* qui incorpore ce qui était la première phrase du présent article. La première phrase du présent article a été révisée en conséquence dans le présent projet. Le Guide analysera en détail l'utilité pour l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, lorsque cela est possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, pour éviter des prix excessifs. Il soulignera également que la sollicitation d'une source unique est la méthode à utiliser en dernier recours, une fois toutes les autres possibilités épuisées, et encouragera l'utilisation des accords-cadres pour anticiper les situations d'urgence (A/CN.9/690, par. 36).

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.6 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient des propositions concernant le chapitre VI (Enchères) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 47 à 51.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VI. ENCHÈRES

Article 47. Procédures applicables pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère

1. L'entité adjudicatrice sollicite des enchères en envoyant une invitation à participer à l'enchère conformément aux dispositions de l'article [29 *bis*]. L'invitation doit comporter les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, conformément à l'article [10] de la présente Loi, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Une déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;

e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, et les pièces ou autres éléments d'information exigés des fournisseurs ou entrepreneurs pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9] de la présente Loi;

f) Les critères et la procédure d'examen des enchères par rapport à la description de l'objet du marché[1];

g) Les critères et la procédure d'évaluation des enchères, conformément à l'article [11-5] de la présente Loi, y compris toute formule mathématique à utiliser dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère[2];

---

[1] Le Guide expliquera que l'examen peut se dérouler après la phase d'enchère, comme le prévoit l'article 51.

[2] L'expression "tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de l'enchère", qui

h) [supprimé][3];

i) La manière dont le prix des enchères doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

j) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des enchères doit être formulé et exprimé[4];

k) Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire pour participer à l'enchère afin que celle-ci puisse se tenir, nombre qui doit être suffisant pour assurer une concurrence effective[5];

l) Si une limite au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire pour participer à l'enchère est imposée conformément au paragraphe 2 du présent article, le nombre maximum indiqué, ainsi que les critères et la procédure, conformément aux dispositions de la présente Loi, qui seront utilisés pour déterminer ce nombre;

m) Les modalités d'accès à l'enchère, y compris les informations permettant la connexion[6];

n) Les délais d'inscription à l'enchère et les formalités à accomplir pour y participer;

o) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

p) [supprimé][7];

q) Les critères de clôture de l'enchère;

---

figurait à la fin de cette disposition dans les projets précédents, a été supprimée puisqu'elle semble renvoyer à des critères d'examen ou de conformité déjà visés à l'alinéa f) du paragraphe.

[3] La référence à la possibilité de soumettre des enchères ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché a été supprimée, puisque cela impliquerait de conduire plusieurs enchères distinctes dans la même procédure de passation de marché.

[4] Modifié conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue.

[5] Comme le Groupe de travail l'a proposé, le Guide abordera les questions de l'objectivité et de l'équité dans le traitement, ainsi que les raisons pour lesquelles la Loi type ne fixe pas un nombre minimum de participants, alors qu'elle le fait par exemple pour les procédures de sollicitation de propositions.

[6] Les mots "y compris les informations permettant la connexion", plus neutres d'un point de vue technique, ont remplacé la formule "renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion" figurant dans les projets précédents. Le Guide indiquera quels aspects techniques doivent être précisés (site Web, logiciel à utiliser, caractéristiques, capacité, matériel requis et spécifications techniques de connexion).

[7] La disposition se lisant "le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'elles)" a été supprimée, étant entendu que des phases séparées ne seront pas nécessaires s'il n'y a pas d'exclusion d'enchérisseurs à la fin de chaque phase. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, même s'il faut maintenir la possibilité de tenir une enchère à plusieurs phases, les informations détaillées la concernant peuvent être fournies dans les règles de conduite de l'enchère visées à l'alinéa r) de ce paragraphe.

r) D'autres règles de conduite de l'enchère, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles[8] et les conditions dans lesquelles les enchérisseurs pourront enchérir;

s) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, ainsi que l'indication de l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

t) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur les informations concernant la procédure de passation du marché[9];

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché avant et après l'enchère[10], sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) [supprimé][11];

w) Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de ladite Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

x) Les formalités qui devront être accomplies après l'enchère pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la vérification des qualifications ou de la conformité conformément à l'article [51] de la présente Loi et la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] de la présente Loi[12];

---

8 De l'avis du Secrétariat, le Guide devrait noter (par souci de cohérence avec les décisions du Groupe de travail sur les dispositions similaires concernant la langue) que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, mais que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues (voir A/CN.9/690, par. 22 b)).

9 Les autres dispositions types apparaissant dans ce contexte dans l'ensemble de la Loi type, à savoir "et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs", ont été omises ici puisqu'elles seraient inappropriées dans le contexte d'une enchère où la préservation de l'anonymat des enchérisseurs est essentielle. Le Guide expliquera cette divergence.

10 Les mots "avant et après l'enchère" ont été ajoutés compte tenu de l'article 50-2 d) du projet actuel.

11 La référence à tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché a été supprimée conformément au paragraphe 39 h) du document A/CN.9/690.

12 Les autres dispositions types apparaissant dans ce contexte dans l'ensemble de la Loi type, à savoir "et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation" ont été supprimées ici compte tenu des conditions d'utilisation des enchères autonomes. Il est peu probable que l'approbation d'une autorité de tutelle ou du

y) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant la procédure de passation du marché[13].

2. L'entité adjudicatrice ne peut imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent[14]. Elle indique, dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'imposition de ce maximum.

3.[15] L'entité adjudicatrice peut décider, à la lumière des circonstances de la passation concernée, de faire précéder la procédure d'enchère d'un examen ou d'une évaluation des enchères initiales[16]. Dans un tel cas, l'invitation à l'enchère comprend, outre les informations énumérées au paragraphe 1 du présent article:

a) Une invitation à présenter des enchères initiales ainsi que les instructions pour préparer ces dernières[17];

b) Le mode, le lieu et la date limite de soumission des enchères initiales[18].

4. Lorsque la procédure d'enchère a été précédée de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales, l'entité adjudicatrice veille à l'issue de l'examen ou de l'évaluation:

---

gouvernement soit exigée pour la passation de marchés envisagée à l'article 28-1 du projet actuel.

13 Pendant les consultations intersessions, il a été dit que le Guide devrait souligner que, s'il devait y avoir un droit d'entrée pour participer à l'enchère (ce qui n'était pas recommandé compte tenu des conclusions que le Groupe de travail avait formulées à ses sessions antérieures dans le contexte de l'examen des dispositions de l'article 7 et des enchères électroniques inversées), cela devait au moins être signalé dès le début de la passation.

14 Le membre de phrase "que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent" a remplacé l'expression "pour des raisons d'ordre technique ou liées à des limites de capacité". De l'avis du Secrétariat, il ne devait pas y avoir d'autres limites de capacité que celles dues à des raisons techniques. Le libellé suggéré fait référence au "système de communication", comme à l'article 50-5.

15 Le Guide expliquera que l'État adoptant peut omettre les deux paragraphes suivants s'il décide que son droit national des marchés publics ne régira que des enchères très simples, sans autre phase préalable que l'inscription. Il précisera cependant que même dans ce type d'enchères, si l'entité adjudicatrice doit limiter le nombre d'enchérisseurs en raison de limites de capacité de son système de communication (voir paragraphe 2 du présent article), elle préférera peut-être restreindre le groupe d'enchérisseurs en se fondant sur leurs qualifications et la conformité de l'enchère plutôt que sur la date d'inscription.

16 Le Guide notera que la vérification des qualifications des fournisseurs fait partie intégrante de l'examen ou de l'évaluation des enchères initiales.

17 Le membre de phrase "y compris en ce qui concerne la langue ou les langues dans lesquelles, conformément à l'article [13], les enchères initiales doivent être établies", qui figurait à la fin de la disposition dans les projets précédents, a été supprimé dans le projet actuel. De l'avis du Secrétariat, il serait suffisant que le Guide traite de ce point. En accord avec les décisions du Groupe de travail sur les dispositions similaires concernant la langue, le Guide insisterait aussi sur le fait que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas communiquer cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, mais que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues (voir A/CN.9/690, par. 22 b)).

18 Le Guide renverra au paragraphe 1 f) et g) concernant les critères d'examen et d'évaluation des enchères, qui sera aussi applicable aux enchères initiales.

a) À expédier promptement l'avis de rejet et les raisons du rejet à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'enchère initiale a été rejetée;

b) À envoyer promptement une invitation à s'inscrire à l'enchère à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés dont l'enchère initiale est conforme, en leur fournissant toutes les informations nécessaires pour participer à l'enchère;

c) Lorsqu'une évaluation des enchères initiales a eu lieu, chaque invitation à la procédure d'enchère est aussi accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel l'invitation est adressée[19, 20].

Article 48. Procédures applicables pour solliciter la participation à une passation comportant une enchère comme étape précédant l'attribution d'un marché[21]

1. Lorsqu'une enchère doit être utilisée comme étape précédant l'attribution d'un marché dans une méthode de passation, selon qu'il convient, ou dans une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à cette procédure, les avise qu'une enchère se tiendra et leur communique, outre les informations exigées en vertu des dispositions de la présente Loi, les éléments d'information suivants sur la procédure d'enchère:

a) La formule mathématique[22] qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère[23];

b) La manière dont on pourra accéder à l'enchère, y compris les informations appropriées concernant la connexion.

2. Avant que l'enchère n'ait lieu, l'entité adjudicatrice envoie à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition une invitation à l'enchère précisant:

---

19 Le Guide indiquera l'étendue des informations à communiquer sur le résultat de l'ensemble de l'évaluation.

20 Les dispositions concernant l'obligation de l'entité adjudicatrice de veiller à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à s'inscrire pour participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective ont été supprimées dans le projet actuel puisque l'entité adjudicatrice n'aurait pas les moyens de s'assurer qu'il en soit ainsi: tous les enchérisseurs dont l'offre est conforme devraient être invités à concurrence d'un nombre maximum précisé dans l'invitation à l'enchère. L'entité adjudicatrice ne pourrait élargir le groupe des enchérisseurs présentant une offre conforme s'il s'avérait petit. Dans un tel cas, les dispositions de l'article 49-2 s'appliqueraient.

21 Titre abrégé conformément au paragraphe 42 a) du document A/CN.9/690.

22 À sa dix-huitième session, le Groupe de travail est convenu de modifier ce libellé en remplaçant la référence restrictive à une formule mathématique par une référence plus générale à une méthode d'évaluation automatique, comprenant une telle formule, en s'inspirant du libellé similaire figurant dans la version de 2006 de l'AMP (A/CN.9/690, par. 42 c)). À cette fin, la définition de l'enchère figurant à l'article 2 a été précisée, de même que l'article 50-2 b).

23 Les mots "tout critère qui ne pourra être modifié pendant le déroulement de celle-ci", qui figuraient à la fin de cette disposition dans les projets précédents, ont été supprimés. Voir ci-dessus la note correspondante accompagnant l'article 47-1 g).

a) Les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs pour s'inscrire à l'enchère et les formalités d'inscription;

b) La date et l'heure d'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs à l'ouverture de l'enchère;

c) [supprimé][24];

d) Les critères de clôture de l'enchère;

e) D'autres règles de conduite de l'enchère, y compris les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles[25] et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

Article 49. Inscription pour participer à l'enchère et délai pour tenir l'enchère

1. La confirmation de l'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur à l'enchère lui est communiquée rapidement et individuellement.

2. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère est insuffisant pour assurer une concurrence effective[26], l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère. Cet abandon est communiqué rapidement à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

3. Le délai entre l'envoi de l'invitation à s'inscrire à l'enchère et le début de celle-ci est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice[27].

Article 50. Exigences pendant la phase d'enchère

1. L'enchère porte:

a) Sur le prix, lorsque le marché doit être attribué au prix le plus bas; ou

b) Sur le prix et les autres critères spécifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs en vertu des articles [47 et 48] de la présente Loi, selon le cas, lorsque le marché doit être attribué à l'enchère la plus avantageuse.

---

24 Voir ci-dessus la note pertinente concernant les phases de l'enchère.

25 De l'avis du Secrétariat, le Guide devrait noter (par souci de cohérence avec les décisions du Groupe de travail sur les dispositions similaires concernant la langue) que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national, si les circonstances la rendent superflue, mais que l'indication de la ou des langues peut demeurer importante dans certains pays multilingues (voir A/CN.9/690, par. 22 b)).

26 Disposition modifiée conformément au paragraphe 45 du document A/CN.9/690.

27 Le Guide expliquera que ce délai doit aussi être suffisamment long pour permettre un recours efficace concernant les conditions de la sollicitation en vertu du chapitre VIII de la présente Loi. Conformément aux dispositions pertinentes de ce chapitre du projet actuel, les conditions de la sollicitation ne peuvent être contestées que jusqu'à la date limite de présentation des soumissions, c'est-à-dire, dans le cas d'une enchère simple (sans examen ou évaluation préalable des offres initiales), jusqu'à l'ouverture de l'enchère.

2. Au cours de l'enchère:

a) Tous les enchérisseurs ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de présenter leurs enchères;

b) Toutes les enchères font l'objet d'une évaluation automatique conformément aux critères, à la procédure et à la formule communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs en vertu des articles [47 et 48] de la présente Loi, selon le cas;

c) Chaque enchérisseur doit recevoir instantanément et de façon continue pendant l'enchère des informations suffisantes pour lui permettre de déterminer la position de son enchère par rapport aux autres[28];

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs ou entre les enchérisseurs, sauf conformément aux alinéas a) et c) du présent paragraphe.

3. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur pendant l'enchère.

4. L'enchère est close suivant les critères spécifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs en vertu des articles [47 et 48] de la présente Loi, selon le cas.

5. L'entité adjudicatrice suspend l'enchère ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication compromettant le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin[29].

Article 51. Exigences après la phase d'enchère

1. L'enchère qui, à la clôture de la procédure d'enchère, est la plus basse ou la plus avantageuse, selon le cas, est l'enchère à retenir.

2. Dans les passations de marché où l'enchère n'est pas précédée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales[30], l'entité adjudicatrice vérifie après celle-ci la conformité de l'enchère à retenir et les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur qui l'a soumise. Elle rejette cette enchère si elle la juge non conforme

---

[28] Le Guide appellera l'attention sur les risques de collusion qui pourraient survenir lorsque des informations sur d'autres enchères sont fournies. Il insistera aussi sur le risque que, dans des enchères plus complexes, des fournisseurs pourraient recalculer les enchères d'autres participants en utilisant la formule mathématique fournie. Il notera les difficultés qu'il y a à empêcher ce phénomène et à assurer l'efficacité de la procédure d'appel d'offres et de l'évaluation automatique sans révéler des informations commercialement sensibles. Il soulignera aussi les difficultés à préserver l'anonymat des enchérisseurs, malgré les dispositions du présent article et de l'ensemble du chapitre, lors de la passation de marchés pour lesquels il y a un groupe plus ou moins fixe de fournisseurs, même si la concurrence entre eux peut être assurée. Le Guide devrait donc donner des exemples de bonnes pratiques permettant de limiter tous ces risques.

[29] Le Guide notera que le fait de mettre fin à l'enchère peut avoir pour effet l'abandon de la passation de marché.

[30] Le Guide notera que la vérification des qualifications des fournisseurs est inhérente à l'examen ou à l'évaluation des enchères initiales.

ou si elle juge que le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'est pas qualifié. Sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article [17-1] de la présente Loi, elle retient l'enchère suivante qui était la plus basse ou la plus avantageuse au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve de s'assurer que cette enchère est conforme et que le fournisseur qui l'a soumise est qualifié.

3. Lorsque l'enchère à retenir à la clôture de l'enchère paraît anormalement basse à l'entité adjudicatrice et suscite des craintes quant à l'aptitude de l'enchérisseur qui l'a présentée à exécuter le marché, l'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite à l'article [18] de la présente Loi. Si elle rejette l'enchère au motif qu'elle est anormalement basse en vertu de l'article [18], elle retient l'enchère suivante qui, à la clôture de la procédure d'enchère, était la plus basse ou la plus avantageuse. Cette disposition est sans préjudice du droit qu'a l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation en application de l'article [17-1] de la présente Loi[31].

---

[31] Pendant les consultations intersessions, il a été suggéré que le Guide aborde la nature des enchères (contraignantes ou non contraignantes, et dans quelles conditions) et l'application des dispositions de la présente Loi sur le délai d'attente et le recours dans le contexte des enchères.

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.7 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VII (Procédures d'accords-cadres), qui comprend les articles 52 à 57, de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES

Article 52. Attribution d'un accord-cadre fermé[1]

1. L'entité adjudicatrice attribue un accord-cadre fermé[2]:

a) En recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, conformément aux dispositions du chapitre III de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre déroge auxdites dispositions; ou

b) En recourant à d'autres méthodes de passation, conformément aux dispositions pertinentes des chapitres II, IV et V de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre déroge auxdites dispositions[3];

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur, en recourant en outre[4] à la procédure de sollicitation d'une source unique selon les conditions prévues à l'article [27-5] de la présente Loi.

---

[1] Le Guide attirera l'attention des États adoptants à la fois sur les avantages que présentent les accords-cadres et sur les risques qu'ils comportent pour la concurrence, y compris le risque de créer des monopoles ou des oligopoles fortement concentrés lorsqu'ils sont utilisés sur des marchés relativement concentrés, et celui d'exclure complètement du marché des fournisseurs potentiels.

[2] Le Guide renverra à la définition du terme "accord-cadre fermé" figurant à l'article 2, laquelle précise que, dans ce type d'accord, aucun fournisseur ou entrepreneur qui n'y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement.

[3] Le Guide expliquera qu'il n'y a pas de dérogations aux dispositions de fond sur le choix de la méthode de passation, figurant au chapitre II de la présente Loi, et que les dérogations sont limitées aux questions de procédure figurant aux chapitres IV et V.

[4] Le Guide expliquera que les mots "en outre" figurant dans la présente disposition visent à exprimer l'idée qu'un accord-cadre fermé à fournisseur unique peut également être attribué en recourant aux procédures mentionnées au paragraphe 1 a) et b) du présent article. De plus, le Guide signalera que, conformément au principe général énoncé à l'article 25-2 du présent projet,

2. Les dispositions de la présente Loi qui régissent le contenu de la sollicitation dans les méthodes de passation mentionnées au paragraphe 1 a) et b) du présent article s'appliquent *mutatis mutandis*[5] aux informations devant être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs lorsque leur participation à une procédure d'accord-cadre fermé est sollicitée pour la première fois. L'entité adjudicatrice précise également à ce stade:

a) Que la passation du marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre qui aboutira à un accord-cadre fermé;

b) Si l'accord-cadre sera conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur ou avec plusieurs;

c) Dans le cas d'un accord-cadre qui sera conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, tout nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui y seront parties;

d) La forme et les conditions de l'accord-cadre conformément à l'article [53] de la présente Loi.

3. Les dispositions de l'article [20] de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis*[6] à l'attribution d'un accord-cadre fermé.

Article 53. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

[7]1. Un accord-cadre fermé est conclu par écrit et comporte les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord, qui ne doit pas dépasser [... (l'État adoptant spécifie une durée maximale)] [la durée maximale établie par les règlements en matière de passation des marchés][8];

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation du marché établies au moment de la conclusion de l'accord;

---

l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer une concurrence maximale dans la mesure du possible quand elle choisit une méthode de passation de marchés. Il est donc entendu que, lorsqu'une méthode de passation autre que la sollicitation d'une source unique est appropriée, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode qui assurera une concurrence maximale dans les circonstances de la passation considérée.

[5] Le Guide expliquera ce qu'il conviendra de modifier dans le contexte des procédures d'accord-cadre.

[6] Ibid.

[7] Le paragraphe 1 du présent article figurant dans de précédents projets a été supprimé au motif qu'il était superflu. Il était libellé comme suit: "1. Un accord-cadre fermé peut être conclu entre [une ou plusieurs] entités adjudicatrices et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés suivant les critères et procédures qui sont spécifiés lorsque leur participation à la procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois."

[8] Le texte entre les premiers crochets reflète ce qui a été convenu au sein du Groupe de travail (A/CN.9/690, par. 55 b)). Étant donné que la durée maximale variera selon le type d'objet du marché, le Groupe de travail estimera peut-être que ce sont les règlements en matière de passation des marchés, et non la Loi, qui spécifieront la durée maximale appropriée pour chaque groupe d'objets (d'où le texte proposé entre les seconds crochets). Par exemple, comme il a été signalé dans le Groupe de travail, la durée maximale pour les accords-cadres concernant des objets comme des produits informatiques, dont le prix pourrait fluctuer rapidement, devrait être exprimée en mois plutôt qu'en années.

c) Dans la mesure où elles sont connues, des estimations des conditions de la passation du marché qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord;

d) Une clause indiquant si, dans un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, celui-ci comportera, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord, auquel cas l'accord stipule:

i) Les conditions qui doivent être établies ou précisées lors de cette mise en concurrence;

ii) Les modalités et la fréquence prévue[9] de toute mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape;

iii) Si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse[10];

iv) Les procédures et critères qui seront appliqués durant la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles [10 et 11] de la présente Loi. Si les coefficients de pondération des critères d'évaluation peuvent varier pendant cette mise en concurrence, l'accord spécifie la fourchette autorisée[11].

2. Un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, à moins que:

a) L'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie que des accords séparés soient conclus avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord; et

b) L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal requis à l'article [23] de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés[12]; et

c) Les variations entre les conditions des accords séparés pour une passation de marché donnée soient minimes et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés.

3. L'accord-cadre contient, outre les renseignements spécifiés dans les autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, y compris des informations sur la manière dont on peut y accéder et

---

[9] Modifié conformément au paragraphe 55 c) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que la fréquence de la mise en concurrence de la deuxième étape peut ne pas être aisément prévisible, et que cette information ne lie pas l'entité adjudicatrice.

[10] Modifié conformément au paragraphe 55 d) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que la CNUDCI a remplacé le terme "la soumission la plus basse selon l'évaluation" utilisé dans la Loi type de 1994 par le terme "la soumission la plus avantageuse".

[11] Le Guide renverra aux dispositions de l'article 57 qui interdisent toute modification substantielle de la passation tant que l'accord-cadre est en vigueur.

[12] Les présentes dispositions ont été conservées conformément au paragraphe 55 e) du document A/CN.9/690.

accéder aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de cet accord, ainsi que des informations appropriées pour la connexion s'il y a lieu[13].

Article 54. Établissement d'un accord-cadre ouvert

1. L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert en ligne[14].

2. L'entité adjudicatrice sollicite la participation à l'accord-cadre ouvert en émettant une invitation à devenir partie à l'accord conformément à l'article [29 *bis*] de la présente Loi.

3. L'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert contient les informations suivantes:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice qui établit et gère l'accord-cadre ouvert et le nom et l'adresse de toutes autres entités adjudicatrices qui auront le droit d'attribuer des marchés sur le fondement de l'accord-cadre[15];

b) Une mention indiquant que la passation du marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre qui aboutira à un accord-cadre ouvert;

c) Une mention indiquant qu'un accord-cadre ouvert sera conclu;

d) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert[16] et toutes les informations sur son fonctionnement, y compris sur la manière dont on peut y accéder et accéder aux avis de marchés futurs qui seront passés au titre de cet accord, ainsi que des informations appropriées pour la connexion[17];

e) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:

i) Une déclaration conformément à l'article [8] de la présente Loi;

ii) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ouvert conformément au paragraphe 7 du présent article, le nombre maximum pertinent ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés pour le déterminer, conformément à la présente Loi;

---

13 Modifié conformément au paragraphe 55 f) du document A/CN.9/690 et aligné sur le libellé du chapitre VI du présent projet (art. 47-1 m) et 48-1 b)). Le Guide traitera des aspects découlant de l'utilisation des moyens de communication électronique dans le processus de passation.

14 Le terme "sous forme électronique" utilisé dans de précédents projets a été remplacé par le terme "en ligne".

15 Les présentes dispositions ont été conservées sans les crochets conformément au paragraphe 58 du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera quel est le lien entre ces dispositions et la définition de l'entité adjudicatrice. Il expliquera aussi qu'il est important d'identifier cette dernière dès le début de la procédure de passation d'un marché, ce qui est un élément de transparence conforme à la Loi type, que les dispositions permettent à plusieurs entités d'utiliser l'accord-cadre, que les fournisseurs doivent être suffisamment informés sur les modalités d'application administratives, et que les parties à l'accord-cadre ainsi que les entités utilisatrices doivent être décrites de manière appropriée.

16 Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national si cela est inutile en l'espèce. Il ajoutera qu'il peut rester important d'indiquer la ou les langues dans certains pays multilingues.

17 Aligné sur le libellé de l'article 53-3.

iii) Des instructions pour l'établissement et la présentation des soumissions indicatives nécessaires pour devenir partie à l'accord-cadre ouvert, y compris la (les) monnaie(s) et la (les) langue(s) à utiliser[18], ainsi que les critères et procédures qui seront utilisés pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et toute pièce ou autre information que les fournisseurs ou entrepreneurs devront présenter pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article [9] de la présente Loi;

iv) Une mention indiquant expressément que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée d'application de celui-ci en présentant des soumissions indicatives, sous réserve, le cas échéant, d'un nombre maximum de fournisseurs et de toute déclaration faite conformément à l'article [8] de la présente Loi;

f) Les autres conditions de l'accord-cadre ouvert, y compris toutes les informations devant y figurer conformément à l'article [55] de la présente Loi;

g) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où se trouvent ces lois et règlements;

h) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire.

4. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée d'application de celui-ci en présentant des soumissions indicatives à l'entité adjudicatrice conformément aux conditions énoncées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

5. L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions indicatives reçues pendant la durée d'application de l'accord-cadre dans un délai maximal de ... jours ouvrables (l'État adoptant fixe le délai maximal)[19] conformément aux procédures prévues dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

6. L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés qui ont présenté une soumission sauf si leur soumission a été rejetée pour les motifs spécifiés dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

7. L'entité adjudicatrice peut imposer un nombre maximum de parties à l'accord-cadre ouvert uniquement dans la mesure où les limites de capacité de son système de communication l'exigent[20]. Elle indique, dans le procès-verbal requis à

---

[18] Conformément au paragraphe 22 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas inclure cette information en cas de passation d'un marché national si cela est inutile en l'espèce.

[19] À cet égard, le Guide attirera à nouveau l'attention de l'État adoptant sur le fait qu'un délai court devrait être exprimé en jours ouvrables; sinon il peut être exprimé en jours calendaires (A/CN.9/690, par. 87).

[20] Comme dans les dispositions correspondantes applicables aux enchères, les mots "pour des

l'article [23] de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier l'imposition de ce maximum[21].

8. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils sont devenus parties à l'accord-cadre et, dans le cas où ils ne sont pas devenus parties, pour quels motifs leurs soumissions indicatives ont été rejetées.

Article 55. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

1. Un accord-cadre ouvert prévoit, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord et contient les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord-cadre;

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation du marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;

c) Les conditions qui peuvent être précisées dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape;

d) Les modalités et la fréquence prévue[22] de la mise en concurrence de la deuxième étape;

e) Une clause indiquant si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord-cadre se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse;

f) Les procédures et critères qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération des critères d'évaluation et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles [10 et 11] de la présente Loi. Si les coefficients de pondération des critères d'évaluation peuvent varier pendant cette mise en concurrence, l'accord-cadre peut spécifier la fourchette autorisée[23].

2. Pendant toute la durée d'application de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice republie au moins annuellement l'invitation à devenir partie à l'accord et garantit en outre l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord ainsi qu'à toute autre information nécessaire en rapport avec son application[24].

---

motifs techniques ou en raison de limites de capacité" précédemment employés ont été remplacés par "uniquement dans la mesure où les limites de capacité de son système de communication l'exigent".

21 La dernière phrase a été conservée sans crochets conformément au paragraphe 59 du document A/CN.9/690.

22 Modifié conformément au paragraphe 55 c) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que la fréquence de la mise en concurrence de la deuxième étape peut ne pas être aisément prévisible, et que cette information ne lie pas l'entité adjudicatrice.

23 Le Guide renverra aux dispositions de l'article 57 qui interdisent toute modification substantielle de la passation pendant la durée d'application de l'accord-cadre.

24 Le Guide expliquera, en renvoyant à l'article 54-3 d) de la présente Loi, que les informations

Article 56. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

1. L'attribution d'un marché sur le fondement d'un accord-cadre se fait conformément aux conditions de l'accord et aux dispositions du présent article.

2. Un marché ne peut être attribué sur le fondement d'un accord-cadre qu'à un fournisseur ou entrepreneur qui y est partie.

3. Les dispositions de l'article [20] de la présente Loi, à l'exception de son paragraphe 2[25], s'appliquent à l'acceptation de la soumission retenue dans les accords-cadres qui ne comportent pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape.

4. Dans un accord-cadre fermé comportant une mise en concurrence lors de la deuxième étape et dans un accord-cadre ouvert, les procédures suivantes s'appliquent à l'attribution d'un marché:

a) L'entité adjudicatrice[26] adresse une invitation écrite à présenter des soumissions simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre, ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché;

b) L'invitation à présenter des soumissions contient les informations suivantes:

i) Un rappel des conditions existantes de l'accord-cadre qui figureront dans le marché prévu, les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence lors de la deuxième étape et de plus amples informations sur ces conditions lorsque cela est nécessaire;

ii) Un rappel des procédures et des critères d'attribution du marché prévu (y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués);

iii) Des instructions pour l'établissement des soumissions;

iv) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions;

v) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des soumissions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des soumissions peuvent être présentées;

vi) La manière dont le prix des soumissions doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que

---

doivent être republiées et tenues à jour là où l'invitation initiale a été publiée ou à l'endroit (site Web ou autre adresse électronique) indiqué dans l'invitation.

[25] Le Guide expliquera pourquoi les dispositions sur le délai d'attente de l'article 20 ne s'appliquent pas aux accords-cadres qui ne comportent pas de mise en concurrence durant la deuxième étape.

[26] Modifié conformément au paragraphe 62 du document A/CN.9/690. La définition de l'entité adjudicatrice prévoit des accords-cadres à utilisateurs multiples, et le Guide insistera sur l'importance de garantir que les fournisseurs sont conscients des modalités d'application administratives de l'accord-cadre, comme cela a été noté dans la note de bas de page pertinente ci-dessus.

le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

vii) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où se trouvent ces lois et règlements;

viii) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice qui sont autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la mise en concurrence de la deuxième étape, sans l'intervention d'un intermédiaire;

ix) [27]Une notification du droit prévu à l'article [61] de la présente Loi d'engager une procédure de recours pour non-respect des dispositions de la présente Loi ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois qu'une soumission retenue a été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article [20] de la présente Loi [et l'approbation par une autorité de tutelle ou par le gouvernement, ainsi que le laps de temps sur lequel il faudra compter, à la suite de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation][28];

xi) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des soumissions et d'autres aspects de la mise en concurrence de la deuxième étape;

c) L'entité adjudicatrice[29] évalue toutes les soumissions reçues et détermine la soumission à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à présenter des soumissions;

d) L'entité adjudicatrice accepte la soumission retenue conformément à l'article [20] de la présente Loi.

---

[27] La référence à tout engagement devant être pris par le fournisseur ou l'entrepreneur extérieurement au marché a été supprimée conformément au paragraphe 62 du document A/CN.9/690.

[28] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le bien-fondé de la partie entre crochets dans le contexte de l'attribution de marchés selon les procédures d'accord-cadre. Il estimera peut-être qu'elle n'est pertinente que pour l'attribution de l'accord-cadre lui-même et non pour les marchés qui seront passés au titre de cet accord. En cas de suppression de cette partie, le Guide en analysera en détail les justifications, comme cela sera le cas pour les dispositions correspondantes applicables aux enchères (art. 41-1 x) du présent projet).

[29] Modifié conformément au paragraphe 62 du document A/CN.9/690. Voir la note de bas de page pertinente ci-dessus.

Article 57. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'application d'un accord-cadre

Pendant la durée d'application de l'accord-cadre, aucune modification de la description de l'objet du marché n'est permise. D'autres conditions du marché, y compris les critères (ainsi que leur coefficient de pondération et leurs modalités d'application) et les procédures d'attribution du marché prévu, peuvent être modifiés uniquement dans la mesure expressément autorisée par l'accord-cadre[30].

[*Les articles 58 à 60 ne sont pas utilisés.*]

[30] Le Guide expliquera que les mots "dans la mesure expressément autorisée" visent à assurer que de telles modifications respectent toute estimation, variable ou fourchette de variation permise énoncées dans l'accord-cadre. Il notera également que toute modification des critères de qualification ou de conformité qui modifierait les parties à l'accord-cadre serait effectivement contraire aux articles 52 et 54 en vertu desquels ces critères doivent être établis au début de la procédure de passation du marché.

A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VIII (Recours), qui comprend les articles 61 à 66 de la Loi type révisée.

Les commentaires du Secrétariat figurent dans les notes qui accompagnent le texte.

CHAPITRE VIII. RECOURS[1]

Article 61. Droit de recours

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison du non-respect allégué des dispositions de la présente Loi peut présenter une réclamation aux fins d'introduire un recours contre ce non-respect conformément aux articles [62 à 66] de la présente Loi ou aux autres dispositions de la loi applicable du présent État.

2. Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue par une instance de recours dans le cadre d'une procédure de recours menée en application du paragraphe 1) du présent article ou engager une procédure si celle-ci ne rend pas une décision dans les délais prescrits ni ne suspend la procédure de passation du marché conformément à l'article [65-1] de la présente Loi[2].

---

[1] Le commentaire du Guide relatif au chapitre VIII notera que ce chapitre contient un ensemble minimum de dispositions visant à garantir l'efficacité des recours et encouragera les États adoptants à en incorporer toutes les dispositions si leur système juridique le leur permet (A/CN.9/690, par. 68). Il fera également référence aux dispositions applicables de la Convention des Nations Unies contre la corruption et examinera l'importance d'autres branches du droit et d'autres instances lorsqu'un recours est déclenché, par exemple, du fait d'un acte de fraude ou de corruption (y compris la nécessité d'alerter les autorités concernées pour que des mesures appropriées soient prises). À cet égard, il renverra au commentaire accompagnant les dispositions de l'article [19] (A/CN.9/690, par. 93).

[2] Le deuxième paragraphe a été ajouté conformément au paragraphe 69 b) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera qu'outre les fournisseurs et entrepreneurs, plusieurs autorités publiques auraient le droit d'engager un recours en vertu du chapitre VIII (A/CN.9/690, par. 67).

Article 62. Recours porté devant l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle

1. Le fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours présente une réclamation écrite à l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, à l'autorité de tutelle[3].

2. Les réclamations sont présentées dans les délais suivants:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation[4], de la préqualification ou de la présélection ou découlant de la procédure de préqualification ou de présélection sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toute autre réclamation découlant de la procédure de passation de marché est présentée:

i) Avant la fin du délai d'attente visé à l'article [20-2] de la présente Loi[5]; ou

ii) Si aucun délai d'attente n'est appliqué dans les circonstances décrites à l'article [20-3] de la présente Loi, dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai)[6] à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus tard, à compter du moment où ledit fournisseur ou entrepreneur aurait dû avoir connaissance de ces circonstances, à condition que l'entité adjudicatrice ou, le cas échéant, l'autorité de tutelle ne doive pas se saisir d'une réclamation ou continuer d'en tenir compte après l'entrée en vigueur du marché ou la décision d'abandonner la procédure de passation de marché, selon le cas[7].

---

[3] Les premiers mots du chapeau ont été supprimés conformément au paragraphe 69 a) du document A/CN.9/690. Le Guide expliquera que des règlements ou d'autres orientations devraient préciser quels moyens de preuve il convient d'apporter à l'appui de la réclamation.

[4] Le Guide expliquera que l'expression "conditions de la sollicitation" vise à englober toutes les questions soulevées par la procédure de passation avant la date limite de présentation des soumissions (autres que celles relatives à la préqualification et à la présélection, mentionnées séparément dans cet alinéa), telles que le choix d'une méthode de passation ou de sollicitation lorsque l'entité peut choisir entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, ou la limitation de la participation à la procédure de passation de marché, prévue à l'article 8. Elle exclut donc les questions que posent l'examen et l'évaluation des soumissions. Le Guide expliquera en outre que les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif publié en application de l'article 14 (A/CN.9/690, par. 69 c)).

[5] Disposition modifiée conformément au paragraphe 69 f) du document A/CN.9/690.

[6] Le Guide notera qu'on laisse à l'État adoptant le soin de fixer ce délai, tout comme le délai d'attente, et qu'il lui appartient de s'assurer que tous les délais pertinents laissés à sa décision sont alignés dans l'ensemble du texte (A/CN.9/690, par. 86). Il appellera aussi l'attention de l'État adoptant sur les délais indiqués dans les versions 1994 et 2006 de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, qui l'aideront à préciser le nombre de jours requis.

[7] Des avis différents ont été exprimés lors de la dix-huitième session du Groupe de travail quant à savoir si cet article devrait permettre la présentation de réclamations après l'entrée en vigueur du marché. Le Groupe de travail n'a pas achevé l'examen de cette question, ni de la proposition d'inclure une disposition qui empêcherait les fournisseurs de compromettre l'entrée en vigueur du marché en présentant une réclamation juste avant la signature de celui-ci (A/CN.9/690,

3. À moins que la réclamation n'ait été réglée par accord entre les parties, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, rend une décision écrite dans les ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai)[8] qui suivent la présentation de la réclamation. Cette décision:

a) Est motivée; et

b) S'il est fait droit en tout ou en partie à la réclamation, énonce les mesures correctives qui doivent être prises.

4. Si l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, ne rend pas sa décision dans le délai visé au paragraphe 3 du présent article, le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation[9] pourra immédiatement engager la procédure prévue à l'article [63 ou 66]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, n'est plus compétente pour connaître de la réclamation[10].

5. L'entité adjudicatrice ou l'autorité de tutelle, selon le cas, communique sa décision à tous les participants à la procédure de recours conformément à l'article 64-5[11].

---

par. 69 d) et e)). Il voudra peut-être considérer que le libellé "ne doive pas se saisir d'une réclamation ou continuer d'en tenir compte" utilisé dans cet alinéa est suffisamment souple pour répondre à ces deux préoccupations. Pour réduire les risques d'un abus de la latitude laissée à l'entité adjudicatrice par un libellé aussi souple, le Guide devra renvoyer aux dispositions de l'article 65-1 sur la suspension automatique de la procédure de passation de marché. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'il est peu probable que des réclamations concernant la procédure de passation de marché soient présentées à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle après l'entrée en vigueur du marché; il est plus probable qu'elles soient présentées directement à l'instance administrative de recours ou au tribunal, compte tenu du fait que ces organes auront très certainement le pouvoir d'infirmer l'attribution du marché (art. 63-3 f)) du présent projet confère ce pouvoir à l'instance administrative de recours). Le pouvoir de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle à cet égard peut varier selon les pays.

[8] Disposition modifiée conformément au paragraphe 69 g) du document A/CN.9/690.

[9] Les mots "ou l'entité adjudicatrice", venant du texte de 1994 (voir art. 53-5), ont été supprimés dans le projet actuel. Bien qu'ils visent à couvrir l'éventualité d'un recours de l'entité adjudicatrice contre une décision défavorable de l'autorité de tutelle, le Secrétariat est d'avis que les questions touchant la possibilité d'un recours par l'entité adjudicatrice sortent du champ d'application de ce chapitre et de la Loi type.

[10] Le Guide établira une distinction claire entre les procédures de recours prévues dans cet article et les procédures de retour d'information.

[11] Le Guide expliquera que l'expression "participants à la procédure de recours" peut désigner un groupe de participants différent selon le moment de la procédure et l'objet de la réclamation. À cet égard, il renverra aux dispositions de l'article 64-1 et 2.

Article 63. Recours porté devant une instance administrative indépendante*, 12

1. Un fournisseur ou entrepreneur introduisant un recours présente une réclamation écrite ou un recours écrit à ... (l'État adoptant précise le nom de l'instance administrative indépendante) dans les délais suivants[13]:

a) Les réclamations concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection ou découlant de la procédure de préqualification ou de présélection sont présentées au plus tard à la date limite de présentation des soumissions;

b) Toute autre réclamation découlant de la procédure de passation de marché est présentée au plus tard ... (l'État adoptant précise le délai)[14] après l'entrée en vigueur du marché ou la décision d'abandonner la passation, selon le cas, à condition que l'instance de recours ne doive pas connaître de cette réclamation[15]:

i) Si elle a été présentée après l'expiration du délai d'attente visé à l'article [20-2] de la présente Loi; ou si aucun délai d'attente n'a été appliqué, conformément à l'article [20-3] de la présente Loi;

ii) Si elle est présentée après un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) à compter du moment où le fournisseur ou l'entrepreneur qui en est l'auteur a connaissance des circonstances qui la motivent ou, au plus

---

* Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif hiérarchique contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 66) à condition que l'État adoptant possède un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. [Les États peuvent prévoir un mécanisme d'appel judiciaire ou administratif en fonction de leur système juridique.]

12 Le Guide précisera le sens du terme "instance administrative indépendante", en indiquant en particulier si cette instance devrait se composer d'experts externes et indépendants du gouvernement. Il a été noté que le Guide pourrait insister sur le fait que l'absence d'indépendance lors de la prise de décision dans le cadre d'un recours risquait de nuire à la procédure de passation, car les décisions pourraient être contestées devant un tribunal, ce qui retarderait encore les choses. Le Guide notera que la Loi type pose le principe de l'indépendance de l'instance administrative de recours sans prescrire toutefois les modalités selon lesquelles cette indépendance serait garantie, étant entendu que les moyens de le faire varieraient d'un État à l'autre en fonction de leur situation interne (A/CN.9/690, par. 71 o)).

13 Disposition modifiée conformément aux paragraphes 71 a) et 69 b) du document A/CN.9/690. Le Guide notera que dans certains États le recours judiciaire peut aussi être disponible à tout niveau parallèlement à une procédure devant une instance administrative, comme le prévoit l'article [66]. Le Guide expliquera que des règlements ou d'autres orientations devraient préciser quels moyens de preuve il convient d'apporter à l'appui de la réclamation.

14 Le Guide notera que le soin de définir ce délai, tout comme le délai d'attente, est laissé à l'État adoptant (A/CN.9/690, par. 86) et qu'en l'occurrence la période visée sera très probablement exprimée en mois ou en années et non en jours calendaires ou ouvrables, puisque cette disposition vise à fixer un maximum absolu (voir l'explication donnée à ce sujet dans la note de bas de page ci-après).

15 Disposition modifiée conformément aux paragraphes 69 d) à g), 85 et 86 du document A/CN.9/690.

tard, à compter du moment où il aurait dû avoir connaissance de ces circonstances[16];

c) Les recours sont présentés dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision visée à l'article [62-3] de la présente Loi a été rendue ou, si aucune décision n'est rendue ou si la procédure de passation de marché n'est pas suspendue conformément à l'article [65-1], une procédure est engagée dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après l'expiration du délai fixé pour rendre une telle décision ou décider une telle suspension[17].

2. Dès qu'il est saisi d'une réclamation ou d'un recours, le ... (l'État adoptant précise le nom de l'instance administrative indépendante) en notifie l'entité adjudicatrice et, le cas échéant, l'autorité de tutelle.

3. Le [insérer le nom de l'instance administrative] peut énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce et a pouvoir de prendre une ou plusieurs des mesures suivantes[18]:

a) Interdire à l'entité adjudicatrice ou à l'autorité de tutelle, selon le cas, d'agir ou de prendre une décision illégalement ou d'appliquer une procédure illégale;

---

16 Dispositions modifiées pour concilier les différents avis exprimés au sein du Groupe de travail et durant les consultations intersessions quant à savoir si le fournisseur devrait pouvoir présenter une réclamation après l'entrée en vigueur du marché, qu'un délai d'attente soit appliqué ou non. Ces dispositions permettraient aux fournisseurs de le faire mais fixeraient i) dans le chapeau, le délai maximal absolu passé lequel aucune réclamation ne sera examinée et ii) un délai supplémentaire d'une durée égale à celle du délai d'attente, si celui-ci est appliqué, ou déterminée par l'État adoptant s'il n'est pas appliqué. Elles laisseraient aussi à l'instance de recours le soin de décider si elle examine les réclamations présentées après l'expiration de ces délais supplémentaires. Elles visent également à couvrir les situations où la réclamation a été présentée dans les délais mais le marché est déjà entré en vigueur (par exemple, parce que la procédure de passation du marché n'a pas été suspendue ou qu'il a été décidé de lever la suspension). S'agissant des dispositions du sous-alinéa ii), le Guide renverra à l'article 20-3, qui prévoit les motifs d'exception à l'application du délai d'attente, notamment l'urgence. À cet égard, il soulignera que, dans de tels cas, la publication de l'avis d'attribution du marché visé à l'article 21 sera très probablement considérée comme le moment où le fournisseur ou entrepreneur qui a présenté la réclamation a connaissance des circonstances motivant cette réclamation ou aurait dû en avoir connaissance, mais que ce ne sera pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, un motif d'urgence justifierait très probablement de déroger à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché pour des raisons de confidentialité (par exemple, protection d'intérêts essentiels de l'État). Pour cette raison, ces dispositions ne lient pas le moment considéré à la publication de l'avis d'attribution du marché mais adoptent une approche plus souple de façon à permettre le recours dans les cas où les garanties de transparence de la Loi type ne s'appliquent pas.

17 Le Guide expliquera que l'article [65-1] fixe un délai de suspension très court puisqu'il s'agit d'agir promptement.

18 Disposition modifiée conformément aux paragraphes 71 b) et d) et 72 du document A/CN.9/690. Le Guide soulignera qu'il importe de veiller à ce que l'instance de recours puisse prendre chacune de ces mesures, combinées ou non, selon qu'il convient, pour garantir un système de recours administratif indépendant et efficace (A/CN.9/690, par. 73).

b) Exiger de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas, qui a agi ou procédé illégalement ou qui a pris une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

c) Infirmer[19] en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas [ou une décision de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle concernant une réclamation présentée à ladite entité ou autorité][20];

d) Réviser une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle, selon le cas, ou lui substituer sa propre décision [à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché] ou confirmer la décision légale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle[21];

e) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation du marché;

f) Infirmer l'attribution d'un marché ou de l'accord-cadre entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a déjà été publié, ordonner la publication d'un avis de réformation de l'attribution[22];

g) Rejeter la réclamation ou le recours[23]; et

h) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle lors de la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi, qui est limité aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents à la réclamation ou au recours, le cas échéant, ou à l'ensemble de ces coûts[24]; et le [insérer le nom de l'instance administrative] prend la décision appropriée en l'espèce[25].

---

19 Le Guide expliquera que ce terme n'implique aucune conséquence particulière (il ne doit pas être considéré comme déclarant la décision sans effet), de sorte que l'État adoptant peut prévoir les conséquences appropriées en fonction de la tradition juridique du pays concerné (A/CN.9/690, par. 71 f) et 72).

20 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'utilité du membre de phrase entre crochets, s'agissant de permettre un recours. La décision concernant une réclamation n'est pas nécessairement illégale (elle peut être erronée quant au fond mais avoir été prise conformément à la loi). Dans ce cas, elle ne relève pas du présent alinéa.

21 Le Guide expliquera que le texte entre crochets peut être omis dans les États adoptants où l'instance administrative de recours peut imposer sa propre décision concernant l'attribution du contrat.

22 Voir ci-dessus la note concernant le terme "infirmer" utilisé dans le projet actuel. À la dix-huitième session du Groupe de travail, il a été fait observer que toutes les autres mesures de réparation avaient un lien avec des étapes de la procédure de passation précédant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre et qu'elles étaient donc limitées dans le temps, alors que la possibilité d'infirmer la décision d'attribuer le marché ou l'accord-cadre semblait ne pas être ainsi limitée (A/CN.9/690, par. 71 m)); Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que les modifications apportées au paragraphe 1 de cet article concernant le délai maximal absolu de présentation des réclamations répondront à cette préoccupation.

23 Disposition modifiée conformément aux paragraphes 71 c) et 72 du document A/CN.9/690.

24 Le Guide expliquera qu'à l'inverse de la Loi type de 1994, la Loi type révisée préfère ne retenir qu'une solution pour ce qui est du dédommagement, ce qui permettra une procédure de recours administratif plus rapide et plus efficace. Il notera également que cette approche n'exclut pas la possibilité de demander réparation pour tout préjudice éventuel par voie judiciaire (ou devant

4. Le [insérer le nom de l'instance administrative] rend dans un délai de [...] jours après la réception de la réclamation ou du recours une décision écrite au sujet de la réclamation ou du recours, dans laquelle sont énoncés les motifs de la décision et les mesures prises.

5. Le [insérer le nom de l'instance administrative] communique sa décision à tous les participants à la procédure de recours conformément à l'article 64-5.

Article 64. Certaines règles applicables aux procédures de recours visées aux articles [62 et 63]

1. Dès qu'elle reçoit une réclamation présentée en application de l'article [62 ou 63] de la présente Loi ou un recours présenté en application de l'article [63] de la présente Loi, l'instance de recours avise tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui participent à la procédure de passation de marché[26] sur laquelle porte la réclamation ou le recours, ainsi que toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être lésés, de la présentation de cette réclamation ou de ce recours et de son contenu.

2. Ces fournisseurs ou entrepreneurs ou cette autorité publique ont le droit de participer à la procédure de recours. Le fournisseur ou entrepreneur ou l'autorité publique qui n'y participe pas ne peut formuler par la suite de réclamation ou de recours du même type[27].

3. Les participants à la procédure de recours ont accès à toute la procédure et ont le droit d'être entendus avant que l'instance de recours ne se prononce sur la réclamation ou le recours, de se faire représenter et accompagner, de demander que la procédure soit publique[28] et de produire des preuves, y compris des témoins[29].

---

des instances administratives de recours si le système juridique de l'État adoptant le permet, ou par une action engagée dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé) (A/CN.9/690, par. 71 j)).

25 Disposition modifiée conformément au paragraphe 72 du document A/CN.9/690. Le Guide soulignera que la liste de mesures énoncées au paragraphe 3 constitue un ensemble minimal de mesures que l'instance administrative de recours devrait pouvoir prendre en fonction des circonstances pour garantir un recours administratif indépendant et efficace, et que l'État adoptant aura donc pour instruction d'incorporer l'ensemble de ces mesures à moins que, ce faisant, il ne viole sa Constitution ou ses autres lois. Le Guide précisera également que le dernier membre de phrase du paragraphe 3 vise à garantir un recours efficace (A/CN.9/690, par. 73).

26 Le Guide expliquera que l'expression "qui participent à la procédure de passation de marché" peut désigner un groupe de participants différent selon le moment de la procédure et l'objet de la réclamation, et précisera que les fournisseurs disqualifiés à l'issue de la procédure de préqualification ne peuvent être autorisés à participer à une procédure de recours portant sur des étapes ultérieures de la passation du marché (par exemple, examen et évaluation des soumissions).

27 Disposition modifiée conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

28 Texte conservé sans crochets conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690. Le Guide notera que ces dispositions doivent être lues conjointement avec celles du paragraphe 6 autorisant l'instance de recours à rejeter une demande aux fins de la tenue d'une procédure publique pour des raisons de confidentialité.

29 Disposition modifiée conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

4. En cas de recours devant l'autorité de tutelle ou le [insérer le nom de l'instance administrative], l'entité adjudicatrice fournit à l'instance de recours, en temps voulu, tous les documents relatifs à la réclamation, y compris le procès-verbal de la procédure de passation de marché[30].

5. Une copie de la décision de l'instance de recours est communiquée, dans un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision a été rendue, aux participants à la procédure de recours. En outre, dès que la décision a été rendue, la réclamation et la décision sont mises à la disposition du public.

6. Aucune information visée aux paragraphes 3 à 5 du présent article n'est divulguée et aucune procédure n'est publique si ces mesures vont à l'encontre de la protection d'intérêts essentiels de l'État[31], sont contraires aux lois, en compromettent l'application, portent préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuisent à la concurrence loyale.

7. La décision prise par l'instance de recours et les raisons et circonstances de l'adoption de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché[32].

Article 65. Suspension de la procédure de passation du marché, de l'accord-cadre ou du marché[33]

1. Dès la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article [62 ou 63] de la présente Loi ou d'un recours en application de l'article [63] de la présente Loi, l'instance de recours suspend[34] la procédure de passation du marché, l'accord-cadre ou le marché pendant une période qu'elle détermine, sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article.

[supprimé][35]

2. L'instance de recours ne suspend pas la procédure de passation si elle décide que la réclamation ou le recours sont manifestement dénués de fondement[36].

---

30 Le Guide soulignera la nécessité de lignes directrices ou d'orientations pratiques concernant les délais.

31 Disposition alignée sur la partie pertinente des articles 22-1 et 23-4.

32 Le Guide soulignera la nécessité de lignes directrices ou d'orientations pratiques concernant les délais. Il expliquera l'importance de cette disposition pour ce qui est d'assurer la transparence et de veiller à ce que le procès-verbal de la passation soit complet.

33 Cet article a été remanié conformément à ce que le Secrétariat a compris des décisions prises par le Groupe de travail au paragraphe 79 du document A/CN.9/690. Le Guide précisera que cet article ne prétend pas traiter de la question de la suspension ordonnée par un tribunal.

34 Le Guide expliquera les mesures à prendre pour que la suspension ait lieu en fonction de l'organe qui examine la réclamation. En particulier, il établira une distinction entre les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre si elle est l'instance de recours et celles qu'elle doit prendre (et peut prendre en outre) si elle est avisée de la suspension par l'instance de recours. Dans ce contexte, il sera fait référence à l'article 64-1.

35 Les dispositions concernant la déclaration à soumettre par les fournisseurs ou entrepreneurs (A/CN.9/690, par. 79 b); voir aussi l'article 56-1 de la Loi type de 1994) ont été supprimées. De l'avis du Secrétariat, la réclamation ou le recours comportent leurs propres chances de succès et une déclaration n'est plus nécessaire, étant donné que la suspension est automatique.

36 Disposition remaniée conformément au paragraphe 79 a) du document A/CN.9/690.

3. L'instance de recours peut lever la suspension appliquée conformément au paragraphe 1 du présent article si elle décide que celle-ci entraînera ou a entraîné un préjudice disproportionné pour l'entité adjudicatrice ou d'autres fournisseurs ou entrepreneurs, ou que des considérations urgentes d'intérêt général exigent que la passation de marché, le marché ou l'accord-cadre se poursuivent. La décision de l'instance de recours est irréfragable à tous les stades de la procédure de recours, sauf au stade judiciaire[37].

4. Lorsque l'entité adjudicatrice n'est pas l'instance de recours, elle peut demander par écrit à cette dernière de lever la suspension pour les motifs énoncés au paragraphe 3 du présent article[38].

5. L'instance de recours peut prolonger la période de suspension initiale afin de protéger les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours ou engage l'action dans l'attente de l'issue de la procédure de recours, à condition que la durée totale de la suspension ne dépasse pas le délai qui lui est imposé pour rendre une décision conformément à l'article [62 ou 63], selon le cas, et la période ultérieure suffisamment longue pour qu'un fournisseur ou entrepreneur puisse faire appel d'une décision de l'instance de recours[39].

6. a) La suspension et la durée de celle-ci ou la décision de l'instance de recours de ne pas suspendre la procédure de passation de marché, le marché ou l'accord-cadre, selon le cas, sont incluses dans l'avis de présentation de la réclamation ou du recours émis conformément à l'article [64-1] de la présente Loi et communiquées sans délai par l'instance de recours au fournisseur ou à l'entrepreneur qui a présenté la réclamation ou le recours;

b) La décision concernant une prolongation de la suspension, indiquant la durée de cette prolongation, ou la décision de lever la suspension et toutes les autres décisions prises par l'instance de recours en application du présent article ainsi que leurs motifs sont communiqués sans délai à tous les participants à la procédure de recours.

7. La suspension, la durée de la suspension et toute décision prise par l'instance de recours conformément au présent article ainsi que leurs raisons et circonstances sont versées au procès-verbal de la procédure de passation du marché[40].

---

[37] Le Groupe de travail voudra peut-être noter un écart considérable par rapport à la solution retenue à l'article 56-4 de la Loi type de 1994, selon lequel, dans ce contexte, une certification de l'entité adjudicatrice est le seul motif suffisant pour ne pas appliquer la suspension. Il voudra peut-être aussi se rappeler la teneur du paragraphe 79 c) du document A/CN.9/690 et examiner s'il convient de conserver la dernière phrase, étant donné que "l'instance de recours" dont il est question dans cette disposition peut désigner tout aussi bien l'entité adjudicatrice, l'autorité de tutelle ou l'instance de recours, selon le cas.

[38] Le Guide expliquera que l'autorité de tutelle ou l'instance de recours peuvent prier l'entité adjudicatrice de fournir à l'instance de recours des pièces à l'appui de sa requête.

[39] Disposition modifiée conformément aux paragraphes 80 et 81 du document A/CN.9/690.

[40] Texte conservé sans crochets conformément au paragraphe 75 du document A/CN.9/690.

Article 66. Recours judiciaire*, 41

Le [insérer le nom du tribunal ou des tribunaux] est compétent pour connaître des actions intentées conformément à l'article [61][42, 43].

---

* Les États qui ne prévoient de recours judiciaire que pour les décisions de l'entité adjudicatrice ou de l'autorité de tutelle sont priés de mettre en place un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Ce système de recours judiciaire efficace garantira en particulier: i) que les délais de présentation des réclamations ou des demandes de recours judiciaire contre les décisions de l'entité adjudicatrice, l'autorité de tutelle ou l'instance administrative, selon le cas, sont adaptés au contexte de la passation de marché et qu'en particulier les dispositions de la présente Loi concernant le délai d'attente sont prises en compte; ii) que le ou les tribunaux compétents pour connaître des actions intentées en application de l'article [61] peuvent prendre toutes les mesures envisagées à l'article [63-3] de la présente Loi, combinées ou non, et ordonner les mesures provisoires qu'ils jugent nécessaires pour garantir un recours effectif, y compris la suspension de la procédure de passation de marché ou de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, selon le cas; et iii) que les garanties minimales concernant la participation à la procédure de recours, la présentation de preuves et la présentation des informations confidentielles dans le contexte de la passation de marché, envisagées à l'article [64] de la présente Loi, sont en place.

41 Une note de bas de page a été ajoutée à cet article conformément aux paragraphes 90 à 92 du document A/CN.9/690. Le Secrétariat croit comprendre que cette note demeurera dans le texte de la Loi type.

42 Cet article a été modifié conformément aux modifications apportées à l'article 61. En particulier, le passage fondé sur le texte de la Loi type de 1994, qui se lisait "et des recours judiciaires intentés contre les décisions rendues par les instances de recours – ou contre le fait que ces instances n'ont pas rendu de décision dans le délai prescrit en vertu de l'article [62 ou 63]", a été supprimé car il était devenu superflu, compte tenu des dispositions similaires ajoutées à l'article 61.

43 Le Guide soulignera, en particulier en ce qui concerne la note de bas de page accompagnant cet article, que la Loi type n'entend pas s'immiscer dans les prérogatives des tribunaux, qui sont régies ou censées l'être par un ensemble de lois distinctes dans les États adoptants. Il soulignera en outre que la Loi type ne vise jamais à restreindre les pouvoirs plus étendus dont les tribunaux jouissent très probablement en vertu de la législation des États adoptants. À cet égard, il sera fait expressément référence au pouvoir d'accorder réparation pour les préjudices éventuels ou d'ordonner des mesures provisoires (A/CN.9/690, par. 90). Dans ce contexte, le Guide renverra aux dispositions de l'article 63-3 h) concernant les questions du dédommagement des dépenses engagées par le fournisseur ou entrepreneur qui présente la réclamation ou le recours, le cas échéant. Il soulignera que même si ces dispositions excluent la possibilité de demander réparation pour tout préjudice éventuel pendant le recours administratif, une action en ce sens peut être engagée au tribunal, notamment dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé, si le système juridique de l'État adoptant le permet (A/CN.9/690, par. 71 j)). Le Guide renverra également aux dispositions de l'article 65 sur la suspension et rappellera que cet article ne vise pas la suspension ordonnée par un tribunal.

C. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingtième session (New York, 14-18 mars 2011) (A/CN.9/718)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-9
II.	Organisation de la session	10-15
III.	Délibérations et décisions	16
IV.	Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9)	17-136
	1. Première partie. Remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3)	21-27
	2. Deuxième partie. Commentaire par article du chapitre VIII. Contestations et appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4)	28-49
	3. Commentaire concernant l'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, partie A)	50-58
	4. Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, partie B)	59-62
	5. Commentaire concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, partie A)	63-77
	6. Commentaire concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, partie B)	78-81
	7. Commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7)	82-96
	8. Commentaire concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8)	97-102
	9. Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie A)	103-106

10. Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie B) 107-115

11. Première partie. Remarques générales (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 et 2) 116-136

V. Travaux futurs 137-139

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type de 1994", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82).

2. Le Groupe de travail a commencé à élaborer des propositions en vue de la révision de la Loi type de 1994 à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et a achevé ses travaux à sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010)[1].

3. De ses trente-huitième à quarante et unième sessions, de 2005 à 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qui était entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette dernière de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (Part I), par. 170, et A/63/17 et Corr.1 et 2, par. 307). À sa trente-neuvième session, elle a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type de 1994 et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, elle a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (Part I), par. 170). À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable (A/63/17 et Corr.1 et 2, par. 307).

4. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a examiné le chapitre premier du projet de loi type révisée et noté que la plupart des dispositions de ce chapitre avaient été approuvées, même si quelques questions restaient encore à

---

[1] Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à dix-neuvième sessions, se reporter respectivement aux documents A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648, A/CN.9/664, A/CN.9/668, A/CN.9/672, A/CN.9/687, A/CN.9/690 et A/CN.9/713.

régler. Elle a noté que le projet de loi type révisée n'était pas prêt pour qu'elle puisse l'adopter à la session en cours. Elle a chargé le Secrétariat d'élaborer des propositions d'ordre rédactionnel concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail puisse les examiner. À cette session, on a souligné qu'il importait d'achever le texte de la Loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire (A/64/17, par. 283 à 285).

5. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a prié le Groupe de travail d'achever ses travaux sur la révision de la Loi type de 1994 au cours de ses deux prochaines sessions et de lui présenter un projet de loi type révisée pour finalisation et adoption à sa quarante-quatrième session, en 2011. Elle lui a donné pour instruction de s'abstenir de réexaminer des questions qui avaient déjà fait l'objet de décisions (A/65/17, par. 239).

6. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail, qui avait achevé ses travaux sur la révision de la Loi type de 1994 (voir par. 2 ci-dessus), est convenu que, conformément à la pratique de la CNUDCI, le projet de loi type sur la passation des marchés publics issu de la session en question (le "projet de loi type") serait distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales pertinentes pour commentaires. Il a été noté que la Commission serait saisie de ces commentaires et du projet de loi type à sa quarante-quatrième session, en 2011. On a souligné qu'aucune modification ne serait apportée au projet de loi type après sa distribution pour commentaire et avant son examen par la Commission (A/CN.9/713, par. 137).

7. À la même session, le Groupe de travail est convenu qu'à sa vingtième session, il se concentrerait sur les propositions de révision du Guide pour l'incorporation. Il était entendu qu'on n'attendait pas de la Commission qu'elle adopte le Guide révisé en même temps que la Loi type révisée, mais le Groupe de travail a indiqué qu'il comptait lui soumettre un avant-projet de guide révisé issu des travaux de sa vingtième session afin de l'aider à examiner le projet de loi type (A/CN.9/713, par. 138).

8. À la même session, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté l'examen de plusieurs questions dans le Guide révisé. Il a été convenu que les décisions du Groupe de travail concernant le traitement de ces questions dans le Guide révisé devraient être maintenues à moins qu'elles ne soient annulées au cours des débats ultérieurs du Groupe de travail ou de la Commission. On a également rappelé qu'il avait été convenu d'inclure dans le Guide révisé de nouvelles sections sur les questions de planification et d'administration des marchés, un glossaire et un tableau récapitulant les correspondances entre la Loi type révisée et la Loi type de 1994. Il était entendu que, faute de temps, il ne serait sans doute pas possible de préparer un Guide élargi destiné aux personnes chargées de la mise en application ou aux utilisateurs finaux, et que le Guide révisé serait donc destiné en priorité aux législateurs (A/CN.9/713, par. 139).

9. À la même session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer la version révisée du Guide en suivant les lignes directrices suivantes: a) établir un texte initial de l'introduction générale du Guide révisé, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la Loi type révisée devrait être adoptée dans leur pays; b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la Loi type de 1994 et les raisons de ces modifications; c) distribuer en même

temps ou à peu près un projet de texte du Guide révisé se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé; d) veiller à ce que le texte du Guide révisé se lise bien et soit aisément compréhensible pour les parlementaires non spécialistes de la passation des marchés; e) traiter avec prudence les questions de fond sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix; et f) limiter autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire article par article; lorsqu'elles étaient inévitables, il fallait veiller à la cohérence. Il a été convenu que l'importance relative de la partie générale du Guide révisé et du commentaire article par article devrait être examinée avec soin (A/CN.9/713, par. 140).

II. Organisation de la session

10. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingtième session à New York, du 14 au 18 mars 2011. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Autriche, Bélarus, Bénin, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Philippines, République de Corée, République tchèque, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

11. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Congo (République démocratique du), Cuba, Indonésie, Iraq, Koweït, Lituanie, Myanmar, Roumanie, Suède et Zambie.

12. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Organisation internationale de droit du développement (OIDD) et Union européenne (UE);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA) et International Law Institute (ILI).

13. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)[2]

Rapporteuse: Mme Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.76);

---

[2] Élu à titre personnel.

b) Note du Secrétariat contenant des propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

16. À sa vingtième session, le Groupe de travail a commencé ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

IV. Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9)

17. Le Groupe de travail a rappelé les lignes directrices à suivre pour préparer la version révisée du Guide, formulées à sa dix-neuvième session et reproduites au paragraphe 9 ci-dessus. Il a confirmé qu'il considérait que le Guide devrait se composer de deux parties, la première décrivant l'approche générale de la rédaction de la Loi type révisée, et la seconde contenant un commentaire article par article. On a souligné l'importance de la première partie, notamment pour ce qui est de faire comprendre aux législateurs les dispositions complexes de la Loi type révisée, les raisons des modifications apportées au texte de 1994 et les choix de politique intervenant lors de l'adoption d'une législation sur la passation de marchés fondée sur la Loi type révisée.

18. S'agissant du projet dont le Groupe de travail était saisi, l'avis général était qu'un équilibre optimal entre les diverses questions examinées dans les deux parties du Guide n'avait pas encore été atteint. On a estimé que bon nombre de dispositions contenues actuellement dans la première partie avaient davantage leur place dans la deuxième partie alors que certains des points soulevés dans le commentaire par article méritaient peut-être d'être soulignés dans la première partie.

19. Concernant le texte de la première partie en particulier, on a souligné qu'il importait que le texte soit aisément compréhensible pour les législateurs. Il a été dit que ceux-ci n'avaient souvent ni les moyens ni le temps de parcourir des documents longs et complexes. Il convenait donc d'éviter dans la première partie les débats

approfondis sur quelque sujet que ce soit et l'utilisation de termes techniques dont la compréhension exigeait des connaissances spécialisées et des recherches supplémentaires. Il a également été proposé de déplacer dans des notes de bas de page les références à certains articles d'instruments internationaux.

20. Le Groupe de travail a décidé d'examiner en premier lieu les propositions d'orientations relatives aux contestations et aux appels contenues dans les additifs 3 et 4 du document A/CN.9/WG.I/WP.77 et de reporter à un stade ultérieur de la session l'examen des additifs 1 et 2.

1. Première partie. Remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3)

21. De l'avis général, il fallait écourter sensiblement les remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels dans la première partie du Guide. On a estimé que de nombreuses dispositions, en particulier les paragraphes 112, 113 et 118 à 120, pourraient être déplacées dans le commentaire sur les dispositions pertinentes du chapitre VIII de la Loi type révisée et que certaines pourraient figurer dans une introduction à ce chapitre. Il a été souligné que seules les dispositions énonçant des considérations de principe pour la rédaction du chapitre VIII et fixant les grands objectifs et principes établis dans le cadre de ce chapitre devraient être maintenues dans la première partie. Des exemples de ces dispositions, a-t-on dit, figuraient aux paragraphes 121, 124, 125 et 130. On s'est inquiété du caractère répétitif de certaines dispositions, qui créait des problèmes de cohérence et une certaine confusion.

22. Le Groupe de travail est convenu que les remarques générales concernant les dispositions de la Loi type révisée relatives aux contestations et aux appels devraient être reformulées. Les dispositions liées à certains articles du chapitre VIII devraient être déplacées dans le commentaire de ces articles et celles expliquant des aspects techniques de caractère général concernant ce chapitre dans son ensemble pourraient être regroupées dans une introduction à ce dernier.

23. S'agissant de la note 1, on a appuyé la proposition tendant à s'abstenir d'examiner en profondeur dans le Guide la notion d'"instance indépendante", le degré idéal de séparation des pouvoirs et la question de savoir si les pouvoirs prévus à l'article 66 devraient être attribués à une instance nouvellement créée ou existante. Il a été indiqué que ces questions devraient être réglées par l'État adoptant en fonction des circonstances locales. On a proposé qu'il soit plutôt fait référence dans le Guide aux principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'intégrité des instances de recours, où les questions pertinentes étaient correctement traitées.

24. Selon un autre avis, des directives plus précises concernant l'instance indépendante devraient figurer dans le Guide. Il a été expliqué qu'un tel examen présenterait un intérêt en particulier pour les États vulnérables qui ne disposaient pas des ressources nécessaires pour créer une nouvelle instance aux fins de l'application des dispositions de l'article 66 et qui pourraient avoir des doutes au sujet des instances existantes auxquelles les pouvoirs prévus à l'article 66 devraient être attribués. On a estimé qu'il était important pour ces États de définir les exigences fondamentales auxquelles une instance indépendante devrait se conformer

et de préciser en particulier quelles instances ne seraient pas aptes à s'acquitter des fonctions énoncées à l'article 66.

25. Le Groupe de travail est convenu d'examiner les questions soulevées dans la note 1 à la lumière du commentaire pertinent de l'article 66 (pour un examen plus approfondi de ces questions, voir par. 36 ci-dessous).

26. S'agissant de la note 2, on s'est dit opposé à ce que des règles procédurales et des règles de preuve soient décrites de façon détaillée dans quelque partie du Guide que ce soit. On a estimé que ces questions débordaient le cadre du Guide et de la Loi type révisée et qu'il serait impossible d'en présenter dans le Guide, de manière concise, un examen exhaustif et précise.

27. Selon un avis, il convenait d'éviter le terme "système d'examen par les pairs" en référence au mécanisme de contestation visé à l'article 65, cette description n'étant pas exacte. Il a également été proposé que le mot "options", dans la version anglaise des paragraphes 127 à 129, soit remplacé par le mot "alternatives".

2. Deuxième partie. Commentaire par article du chapitre VIII. Contestations et appels (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4)

Article 63

28. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait modifier l'avant-dernière phrase du paragraphe 2 du commentaire de l'article 63 pour rendre le sens souhaité de manière plus précise. Il a été proposé en particulier de remplacer dans ce contexte le mot "capacité" par le mot "aptitude" ou "possibilité". Selon un autre avis, il fallait faire référence aux conditions dans lesquelles le fournisseur ou l'entrepreneur pourrait introduire un recours. On a toutefois estimé que cette approche était trop générale car l'article 63 énonçait déjà certaines conditions, et l'objectif des dernières phrases du paragraphe 2 était de donner des exemples de questions qui n'étaient pas réglementées par la Loi type révisée, telles que les conditions auxquelles une personne serait autorisée à déposer une réclamation conformément aux dispositions de la législation de l'État adoptant.

29. Il a aussi été proposé de remplacer, dans ce paragraphe, la formule "de la nature ou de l'importance de l'intérêt ou du préjudice" par l'expression "de la nature ou de l'importance de la perte ou du dommage", pour aligner le commentaire sur le libellé de l'article 63. Il a été généralement convenu qu'on entendait dans ce contexte renvoyer aux exigences qui pourraient se trouver dans d'autres dispositions de la législation des États adoptants relatives aux preuves des pertes ou dommages subis, ou à leur probabilité.

30. Il était entendu que la capacité ou la possibilité d'introduire un recours et la nature ou l'importance de la perte ou du dommage feraient la distinction entre les demandes infondées ou les demandeurs n'ayant pas qualité pour agir, et les demandes qui devaient être examinées ou les demandeurs habilités à présenter une demande. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier l'avant-dernière phrase du paragraphe 2 comme suit: "En outre, cet article ne traite pas des exigences prévues par le droit interne auxquelles un fournisseur ou un entrepreneur doit satisfaire pour pouvoir introduire un recours ou obtenir réparation."

Article 64

31. Pour ce qui est du paragraphe 3 du commentaire de l'article 64, il a été suggéré de réexaminer l'emploi du terme "inquisitoire"; la formule "inquisitoire plutôt qu'accusatoire" a été jugée plus claire. Il a aussi été convenu de remplacer, dans la dernière phrase, le mot "preuves" par "éléments".

Article 65

32. Pour ce qui est du renvoi du paragraphe 1 du commentaire de l'article 65 à d'éventuels commentaires du Guide sur le retour d'information, il a été dit qu'il fallait inclure des commentaires à ce sujet dans le Guide. On a noté que l'existence de systèmes de retour d'information efficaces permettait de réduire le nombre de contestations. On a évoqué la jurisprudence qui soulignait l'importance d'un retour d'information efficace et rapide. Une délégation a proposé d'aider le Secrétariat à rédiger le commentaire correspondant dans le Guide et a ensuite proposé le texte ci-après:

> "À titre de pratique optimale, les entités adjudicatrices devraient fournir un retour d'information au fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande; ce retour d'information peut être fourni aux fournisseurs ou entrepreneurs exclus durant la passation (par exemple durant la procédure de préqualification) ou après l'attribution. Il devrait être fourni aussitôt que possible. Destiné aux fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été retenue ou non, il peut se faire oralement, par écrit ou par toute autre méthode acceptable par l'entité adjudicatrice. Il devrait inclure au minimum les informations suivantes:
>
> 1. L'évaluation par l'entité adjudicatrice des faiblesses et lacunes importantes de l'offre ou de la proposition du fournisseur ou entrepreneur, le cas échéant;
>
> 2. Le prix global évalué (et le prix à l'unité) et la note technique, le cas échéant, du fournisseur ou entrepreneur dont la soumission a été retenue et ceux du fournisseur ou entrepreneur demandant le retour d'information, ainsi que les informations concernant la qualification de ce dernier;
>
> 3. Le classement général de tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une offre ou une soumission, si l'entité adjudicatrice en a établi un durant la passation de marché;
>
> 4. Un résumé des raisons de l'attribution;
>
> 5. Une description précise du produit ou du service qui sera fourni par le fournisseur ou entrepreneur retenu; et
>
> 6. Des réponses raisonnables aux questions pertinentes sur le respect des procédures de passation énoncées dans la sollicitation et les règlements applicables et par d'autres autorités applicables.
>
> Le retour d'information ne révélera pas d'informations commerciales sensibles dont la divulgation est interdite par la présente loi ou de toute autre manière. Un résumé du retour d'information sera versé au dossier du contrat."

33. À propos d'une question posée à la première phrase de la note de bas de page 1, il a été rappelé (voir par. 26 ci-dessus) qu'aucune information détaillée sur

les règles de preuve ou de procédure ne devrait être incluse dans le Guide en relation avec l'article 65 ou avec d'autres dispositions de la Loi type révisée. Pour ce qui est des questions posées dans le reste de cette note, le Groupe de travail est convenu de ne pas ajouter de commentaires supplémentaires dans le Guide, car l'ajout proposé porterait à croire, à tort, que l'entité adjudicatrice ne pourrait prendre aucune mesure corrective une fois le marché entré en vigueur. Un tel libellé contredirait le contenu du paragraphe 7 du commentaire de l'article 65 du projet de guide, selon lequel l'entité adjudicatrice pourrait prendre après l'attribution du marché certaines mesures correctives limitées, telles que des mesures disciplinaires à l'encontre de personnes impliquées dans des irrégularités. Il a été souligné que la possibilité de prendre de telles mesures correctives limitées ne portait pas atteinte aux dispositions de la Loi type révisée prévoyant que les réclamations devaient être présentées à l'entité adjudicatrice avant l'entrée en vigueur du marché. En outre, il était généralement entendu qu'une telle possibilité existerait indépendamment du fait que le marché conclu soit annulé ou non.

34. Le Groupe de travail est convenu de modifier comme suit la dernière phrase du paragraphe 7: "Ces derniers cas peuvent relever plutôt d'un recours quasi judiciaire ou judiciaire." On a expliqué que ce libellé rendait mieux l'idée selon laquelle dans la Loi type révisée, certaines mesures correctives, telles que l'annulation d'un marché déjà entré en vigueur, relèveraient généralement de la compétence de l'instance indépendante ou de l'autorité judiciaire.

Article 66

35. Le niveau de détail de la première phrase du paragraphe 2 du commentaire de l'article 66 a été jugé excessif. Il a été suggéré de la remplacer par une phrase libellée comme suit: "L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer l'article 66." On a fait observer que cette option n'était pas une condition, comme indiqué dans le projet de guide.

36. Rappelant l'examen de la notion d'"instance indépendante" auquel il avait procédé à la présente session (voir par. 23 et 24 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que les paragraphes 4 et 5 du commentaire de l'article 66 devraient être reformulés sur la base des dispositions y figurant et de celles des paragraphes 118 et 119 de l'additif 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.77. Il a été signalé que des questions telles que la nomination et la révocation des agents de l'instance indépendante et le choix de l'organe auquel celle-ci devrait rendre compte touchaient de nombreuses questions sensibles qu'il convenait d'aborder avec prudence. Le Secrétariat a également été prié de reconsidérer la référence aux "États vulnérables". Il a été jugé suffisant de souligner dans ce contexte les points soulevés dans la dernière partie du paragraphe 5 du commentaire de l'article 66. Il a également été suggéré de faire référence aux "autorités de l'instance indépendante" et non à la "compétence de l'instance indépendante".

37. Il a été suggéré de reformuler le paragraphe 10 du commentaire de l'article 66 et le paragraphe 6 du commentaire de l'article 65 afin qu'ils coïncident en ce qui concerne les pouvoirs de l'instance indépendante en cas d'abandon de la procédure de passation. À cet égard, on a fait référence aux dispositions de l'article 66-2 b) ii) du projet de loi type, selon lesquelles deux possibilités pouvaient exister dans les États adoptants: premièrement, lorsqu'une instance indépendante a le pouvoir d'examiner toute contestation concernant une passation abandonnée et

deuxièmement, lorsque seuls les tribunaux pourraient avoir ce pouvoir. Il a été suggéré que le paragraphe 6 du commentaire de l'article 65 et le paragraphe 10 du commentaire de l'article 66 soient remaniés pour refléter ces deux possibilités.

38. On s'est interrogé sur la nécessité d'assurer la cohérence des références à l'abandon et à la fin de la procédure de passation, aux articles 66-2 b) ii) et 66-9 f) du projet de loi type. Il a été répondu qu'il pouvait être souhaitable d'utiliser des termes distincts pour faire la différence entre l'abandon de la procédure de passation par l'entité adjudicatrice et la fin de la procédure de passation ordonnée par l'instance indépendante. On a souligné que cette dernière constituait un recours dans la procédure de contestation et d'appel. Il a toutefois été noté que les conséquences de l'abandon et de la fin de la procédure de passation étaient les mêmes.

39. Il a été dit, en référence au paragraphe 25, qu'il pourrait être pénible pour l'instance indépendante d'examiner l'ensemble des documents se rapportant à la procédure de passation fournis par l'entité adjudicatrice comme l'exige l'article 66-8 du projet de loi type. Il a donc été suggéré que le paragraphe 25 se réfère non pas à l'ensemble des documents concernant la procédure de passation en possession de l'entité adjudicatrice mais seulement aux documents intéressant la procédure de recours. Cette suggestion a suscité des préoccupations, étant donné qu'elle allait à l'encontre du libellé de l'article 66-8 et donnerait à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour décider quels documents intéressaient la procédure de recours. L'exercice d'une telle latitude pouvait entraîner des abus, notamment la rétention délibérée de documents pertinents.

40. Il a été suggéré qu'au lieu d'exiger le transfert physique de l'ensemble des documents, opération pouvant s'avérer lourde tant pour l'entité adjudicatrice que pour l'instance indépendante, il faudrait prier l'entité adjudicatrice de fournir à l'instance indépendante l'accès immédiat à l'ensemble des documents en sa possession concernant la procédure de passation. Il a été expliqué que dans de tels cas, l'instance indépendante déciderait elle-même quels documents intéressaient la procédure de recours. Il a été répondu que la gestion et la transmission électroniques des documents rendaient beaucoup plus faciles leur transfert et toute décision quant à leur pertinence.

41. On a appuyé l'idée de conserver en l'état les dispositions du paragraphe 25 du Guide, compte tenu des risques que présentait l'autre solution.

42. Le Secrétariat a été prié de préciser à quelle version de l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce il était fait référence au paragraphe 28. À cet égard, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur le paragraphe 13 de la première partie du projet de guide, qui souligne la nécessité de veiller à l'exactitude des renvois aux deux versions de l'AMP. Le Secrétariat a pris note de la nécessité de renvoyer dans l'ensemble du Guide à la version précise de l'AMP dans le contexte des dispositions analysées. La suggestion de déplacer le paragraphe 28 dans la première partie n'a soulevé aucune objection. (Voir également par. 119 d) ci-dessous.)

43. Le Groupe de travail a approuvé la suggestion d'insérer les mots "si l'entité adjudicatrice n'avait pas enfreint les dispositions de la présente loi" à la fin du libellé figurant dans la deuxième parenthèse du paragraphe 29.

44. Il a été convenu que les parties suivantes du texte proposé devraient être supprimées: au paragraphe 8, la phrase qui se lit “Il est également reconnu que la plupart des États fixent un délai de prescription en matière civile” et, au paragraphe 29, les références aux “pertes futures” et au “fait que le fournisseur a été privé d’une chance”, et la dernière partie, qui se lit “si le pouvoir d’octroyer des dédommagements est détenu par une petite entité ou par quelques personnes”. Il a également été suggéré de réexaminer le membre de phrase “Le terme ‘annuler’ employé dans ces dispositions n’emporte aucune conséquence particulière” et l’emploi du mot “casser”, au paragraphe 27, et de fournir dans les parties appropriées du Guide des orientations sur la durée raisonnable du délai d’attente.

Article 67

45. On a souligné la nécessité d’assurer dans plusieurs langues une traduction efficace, pas nécessairement littérale, de l’expression “fishing expeditions” [pêche aux informations] figurant au paragraphe 4.

Article 68

46. La partie du projet de guide portant sur cet article n’a suscité aucun commentaire.

Article 69

47. Différentes vues ont été exprimées sur la nécessité de cet article et de sa note de bas de page dans la Loi type révisée. On a vivement défendu le point de vue selon lequel aucune note de bas de page ne devrait figurer dans le texte final de la Loi type révisée. Selon un autre avis, les notes de bas de page apparaissant dans le projet de loi type (tel qu’il figure dans les additifs du document A/CN.9/729) étaient utiles et devaient être maintenues. On a indiqué que la plupart expliquaient des libellés optionnels figurant entre parenthèses dans la Loi type révisée et qu’il était clair qu’elles ne figureraient pas dans les lois nationales adoptées sur la base de la Loi type révisée. On a indiqué que la note de bas de page 14 se rapportant à l’article 69 était floue sur ce dernier point mais qu’il n’en était pas moins important que cette note subsiste dans la Loi type révisée. La préoccupation a été exprimée que les questions soulevées dans cette note de bas de page pourraient être négligées si le texte de celle-ci ne figurait que dans le Guide.

48. À l’issue de la discussion, on a de nouveau appuyé le maintien de la note de bas de page 14 dans la Loi type révisée. Certaines délégations ont appuyé son maintien avec l’article 69, sans aucune orientation sur cet article dans le Guide, d’autres préférant supprimer l’article 69 et déplacer la note de bas de page 14 à l’article 63 ou au titre du chapitre VIII. Selon un avis contraire, cette note de bas de page (ainsi que toutes les autres notes de bas de page figurant actuellement dans le projet de loi type) devrait être versée dans le Guide ou son contenu devrait figurer à l’article 69.

49. Le Groupe de travail a reconnu qu’il y avait des lacunes dans les dispositions de l’article 69 lu conjointement avec l’article 63 du projet de loi type. On a estimé que la Commission devrait être invitée à les supprimer lorsqu’elle finaliserait le projet de loi type à sa prochaine session. À ce stade, elle déciderait également de l’emplacement de la note de bas de page 14.

3. Commentaire concernant l'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, partie A)

50. On a examiné le lieu où il convenait de faire figurer les indications concernant les modifications apportées à la Loi type de 1994 concernant l'utilisation des méthodes de passation des marchés. On a jugé préférable de les verser dans une partie distincte du Guide plutôt que de les ajouter au Guide sur la Loi type révisée. Il a été indiqué qu'une telle approche conviendrait mieux à deux groupes de lecteurs: d'une part ceux qui connaissent mal la Loi type de 1994 et ne s'intéresseront qu'aux indications concernant la Loi type révisée; et d'autre part ceux qui connaissent bien la Loi type de 1994 et voudront comprendre les modifications qui y ont été apportées et les raisons de ces modifications.

51. Il a été convenu qu'à la troisième phrase du paragraphe 1 le terme "et" devrait être remplacé par "ou". Le Secrétariat a été prié de réexaminer les exemples donnés dans ce paragraphe et en particulier de remplacer la référence aux services de nettoyage ordinaires par une référence à la fourniture d'épinglettes destinées à être échangées lors de manifestations sportives (comme exemple de passation des marchés de biens ayant une valeur nominale et pouvant être proposés par de nombreux fournisseurs), ainsi que l'emploi du terme centrale "nucléaire". Selon un autre avis sur cette dernière proposition, finalement retenue, il convenait de conserver le terme "nucléaire" lorsque l'on faisait référence à ces centrales, de manière à indiquer la haute complexité de ce type de passation de marché visé à l'article 28-1 a).

52. Au paragraphe 2, on a estimé que la quatrième phrase n'était juste que dans les situations où il y avait suffisamment de concurrence sur le marché. Le Secrétariat a été prié de reformuler la phrase en conséquence. Il a été dit que l'utilisation de l'appel d'offres ouvert avec préqualification pourrait être jugée plus appropriée dans les situations visées à l'article 28-1 b).

53. Une préoccupation a été exprimée concernant le terme "tirage au sort" utilisé au paragraphe 6. On a noté que dans de nombreux pays le recours au tirage au sort dans la passation de marchés publics était interdit. Il a donc été proposé que ce terme soit remplacé par des exemples de méthodes de sélection objectives telles que la sélection aléatoire, le tirage aléatoire parmi un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs et la sélection par ordre de réception des propositions. On a souligné la nécessité d'assurer la cohérence des paragraphes 6 et 10 à cet égard.

54. Le Secrétariat a été prié de réexaminer la référence aux micro, petites et moyennes entreprises au paragraphe 18 et dans le reste du Guide. On a estimé que cette expression pouvait prêter à confusion car la différence entre les microentreprises et les petites entreprises n'était pas évidente. On a exprimé l'avis que le Guide devrait employer le terme générique plus traditionnel "petites et moyennes entreprises (PME)" et expliquer dans le glossaire que ce terme pourrait comprendre les microentreprises (sur ce point, voir également par. 127 c) ci-dessous).

55. S'agissant de la note de bas de page 1, il a été suggéré que les questions générales concernant la sollicitation soient placées dans les commentaires introductifs de la section II du chapitre II de la Loi type révisée et que de brèves indications pour chaque méthode de passation figurent dans le commentaire

accompagnant chacune des méthodes pertinentes. On a noté qu'il importait de répéter les indications concernant les avis préalables dans le commentaire se rapportant à chaque méthode de passation pertinente (appel d'offres restreint, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique), d'autant que les implications de l'avis préalable différaient selon la méthode de passation.

56. Une question a été soulevée concernant la mention au paragraphe 18 de l'invitation à soumettre une offre dans le contexte de l'appel d'offres restreint et son rapport avec l'avis préalable de passation de marché. Le Secrétariat a été prié de réexaminer ce passage pour éviter toute confusion avec l'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert. On s'est également interrogé sur l'exactitude de la septième phrase du paragraphe: on a noté que les dispositions du projet de loi type excluaient l'application de l'article 37 à l'appel d'offres restreint mais que les indications disaient que seules certaines dispositions de l'article 37 ne s'appliqueraient pas. Le Secrétariat a donc été prié de réexaminer l'interaction de ces deux points.

57. Le Secrétariat a été prié de supprimer des dispositions répétitives et renvois superflus aux paragraphes 4, 11, 12 et 17. Il a aussi été prié d'éviter, lorsqu'il faisait référence à d'autres méthodes et techniques de passation ou aux procédures de contestation, les précisions excessives qui pourraient déconcerter le lecteur. On a envisagé la possibilité de donner la liste des renvois pertinents au début des indications concernant un article ou un sujet donné.

58. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen des dispositions proposées du Guide sur les modifications apportées à la Loi type de 1994 à un stade ultérieur, au moment où le Groupe de travail serait saisi de l'ensemble de la section réunissant ces dispositions (pour l'examen de ce point, voir par. 50 ci-dessus).

4. Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, partie B)

59. En ce qui concerne la note 3, on a appuyé l'harmonisation des dispositions du projet de loi type sur les seuils et demandé que ceux-ci soient définis dans les règlements en matière de passation de marchés et non dans la loi, par exemple, afin qu'il puisse être tenu compte des fluctuations des taux de change et de l'inflation sans devoir modifier la loi. Le Groupe de travail a noté que ce point serait porté à l'attention de la Commission.

60. En réponse à une suggestion selon laquelle une référence aux marchés de valeur élevée devrait être incluse dans le paragraphe 4, il a été convenu qu'une telle référence n'était pas nécessaire et qu'il conviendrait en fait de supprimer la référence aux marchés complexes, qui sortait également du champ de l'article 28-2. Il a été convenu que la deuxième phrase du paragraphe devrait être remplacée par une autre phrase libellée comme suit: "Pour les achats répétés, il peut être préférable d'établir un accord-cadre."

61. Il a été suggéré d'ajouter des exemples d'utilisation de cette méthode de passation et de suggérer d'autres options, notamment dans le cas de marchés portant sur les pièces de rechange de véhicules, pour lesquels on pourrait recourir à la demande de prix lorsqu'il s'agit d'un seul achat peu important ou à un accord-cadre s'il peut y avoir un besoin récurrent de pièces pour un parc de véhicules.

62. On pris note des complexités du choix d'une méthode de passation en vertu de la Loi type révisée. Le Secrétariat a été prié de simplifier le texte du Guide en évitant de fournir une longue analyse comparative des diverses méthodes de passation et des références excessives comme au paragraphe 9. Il a été convenu que le paragraphe 5 devrait être déplacé ailleurs dans le Guide et qu'une référence aux produits normalisés (comme dans le secteur des technologies de l'information et de la communication) devrait être incluse au paragraphe 1 comme exemple de produits disponibles dans le commerce qui pourraient être définis par référence à des normes sectorielles.

5. Commentaire concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, partie A)

Conditions d'utilisation

63. Il a été dit que le contenu de la note 1 était suffisamment important pour être inclus dans le Guide et convenu que le lieu approprié serait le commentaire des articles 26 et 27 de la Loi type révisée (sur le choix des méthodes de passation). Le Secrétariat a été prié, lorsqu'il rédigerait le commentaire pertinent en se fondant sur cette note, d'envisager d'y ajouter à la fin de la deuxième phrase le texte suivant: "et elle peut faire supporter certains risques liés à l'exécution par le fournisseur ou entrepreneur présentant le produit ou la solution proposée". Il a été expliqué que l'entité adjudicatrice supporterait les risques dus aux erreurs figurant dans les spécifications détaillées alors que ceux dus à des erreurs ou omissions dans les spécifications fonctionnelles seraient supportés par le fournisseur ou entrepreneur. Certaines délégations ont estimé que ce point était une considération importante dans le choix de la méthode de passation.

64. Les suggestions décrites au paragraphe précédent ont été appuyées mais on s'est inquiété de ce que les indications qui en résulteraient ne préciseraient pas que les spécifications fonctionnelles ne concernaient que la procédure de demande de propositions et non la soumission d'offres. Il a été noté que le projet de loi type ne faisait pas état de cette différence entre la soumission d'offres et la procédure de demande de propositions. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur, lorsque les indications concernant la demande de propositions avec dialogue seraient examinées. (On trouvera des indications supplémentaires sur ce point au paragraphe 83 ci-dessous.)

65. S'agissant du paragraphe 3 et de la note 3 du commentaire relatif à l'article 28-3, divers avis ont été exprimés quant à savoir s'il était souhaitable de remplacer l'expression "aspects financiers" par l'expression "aspects liés au prix" dans le projet de loi type et donc dans les indications correspondantes. La seconde expression a été jugée plus restrictive et plus appropriée dans le contexte des paragraphes 9 et 10 de l'article 46, la première étant considérée comme ayant une portée plus large, ce qui pouvait présenter certains avantages, mais l'expression engloberait alors aussi les capacités financières des soumissionnaires, qui seraient évaluées dans le cadre des aspects techniques et qualitatifs des propositions et figureraient donc dans la première enveloppe. Il a été dit que la méthode de la demande de propositions sans négociation soulevait des incertitudes, notamment en ce qui concerne le contenu de chacune des deux enveloppes. L'avis a été exprimé

qu'il convenait d'utiliser un terme décrivant de manière aussi étroite et précise que possible le contenu attendu de la seconde enveloppe.

66. Selon un autre avis, il convenait de conserver l'expression "aspects financiers", censée viser l'ensemble des aspects financiers des propositions contenues dans la seconde enveloppe. Il a été ajouté que l'expression n'était pas destinée à faire référence aux capacités financières des soumissionnaires. Les conditions de livraison et de garantie ont été citées comme exemple d'aspects financiers des propositions non liés au prix. D'autres délégations estimaient toutefois que les conditions de livraison et de garantie seraient très probablement évaluées dans le contexte des propositions techniques. Il a également été proposé d'utiliser l'expression "aspects commerciaux" au lieu de l'expression "aspects financiers". Il a été dit que, quelle que soit l'expression utilisée dans la Loi type révisée, sa signification devait être précisée dans le Guide, comme visait à le faire le paragraphe 3 du commentaire concernant l'article 28-3. Il a été souligné en outre que le dossier de sollicitation devrait préciser exactement quels éléments devraient figurer dans chacune des deux enveloppes, et que cela déterminerait ce que l'entité adjudicatrice entendait par aspects techniques ou qualitatifs d'une part et par aspects financiers d'autre part.

67. Il a été suggéré que les références aux enveloppes dans le Guide apparaissent entre guillemets, accompagnées d'un commentaire expliquant que l'expression vise à indiquer que les aspects technico-qualitatifs et financiers doivent être présentés séparément et non à désigner une enveloppe en tant que telle: dans certaines passations, une grande quantité de documents pouvait être soumise au titre de la proposition technique. Il convenait en outre de souligner que les deux enveloppes seraient remises simultanément.

68. S'agissant du paragraphe 4 et de la note de bas de page 4 du commentaire de l'article 28-3, il a été estimé qu'il faudrait introduire des dispositions relatives aux éclaircissements dans l'article 46 de la Loi type, ainsi que dans d'autres méthodes de passation appropriées pour lesquelles des mécanismes de clarification interactifs étaient essentiels, notamment parce que des solutions technologiques très complexes ou simples étaient recherchées ou proposées. Une disposition similaire serait envisagée pour la procédure de préqualification et l'évaluation de la qualification.

69. On a proposé de modifier comme suit les deux dernières phrases du paragraphe 5 du commentaire de l'article 28-3: "Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement sont d'avis que le recours à des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type révisée peut uniquement être envisagé pour la passation de marchés de services consultatifs usuels. Il se peut que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode pour les projets qu'elles financent."

70. Des réserves ont été exprimées au sujet du libellé proposé, au motif qu'il reflétait la pratique d'une seule ou d'un petit nombre seulement de délégations ou d'observateurs. Il a été dit qu'on trouvait des dispositions similaires dans l'ensemble du projet de guide, notamment au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1, et au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8, et qu'il faudrait donc toutes les réexaminer. On a souligné que le Guide devait être le résultat du consensus du Groupe de travail sur les différentes dispositions. On

s'est aussi inquiété de ce que le libellé proposé ne reflète que la pratique actuelle sans tenir compte de l'évolution future, et que le texte pourrait devenir obsolète alors que le Guide continuerait d'être utilisé. On a donc suggéré de ne pas inclure le libellé proposé ou, à défaut, de supprimer la dernière phrase de la proposition.

71. À la question de savoir si la proposition refléterait la position des banques multilatérales de développement autres que la Banque mondiale (seule cette dernière ayant fait connaître sa position à la session), le Secrétariat a indiqué au Groupe de travail qu'il avait reçu (de manière formelle et informelle) des informations globalement concordantes de la part de banques multilatérales de développement régionales sur cette question et d'autres questions similaires, et il a été rappelé que certaines banques concernées avaient exprimé des avis analogues à des sessions antérieures du Groupe de travail.

72. Selon un autre avis, en examinant cette proposition et des commentaires similaires dans l'ensemble du Guide, il faudrait garder à l'esprit les besoins des utilisateurs finals potentiels de la Loi type révisée qui, dans bien des cas, pourraient être des personnes susceptibles de bénéficier de prêts octroyés par les banques multilatérales de développement. On a noté qu'il faudrait signaler à ces utilisateurs finals qu'ils pourraient avoir des difficultés à obtenir des prêts auprès des banques multilatérales de développement s'ils utilisaient certaines méthodes de passation dans toutes les circonstances envisagées dans la Loi type révisée.

73. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de regrouper les commentaires proposés sur la pratique des banques multilatérales de développement dans une section qui pourrait figurer dans la première partie du Guide, ou en tant que commentaire de l'article 3. Ce commentaire groupé indiquerait que certaines dispositions de la Loi type révisée ne correspondraient peut-être pas aux règles de certaines banques multilatérales de développement en ce qui concerne les projets qu'elles financent, et qu'il faudrait consulter leurs politiques, le cas échéant. En outre, il a été convenu que le Guide ne devrait pas comprendre d'analyse comparative des méthodes de passation prévues dans la Loi type révisée et des pratiques des banques multilatérales de développement. (On trouvera des indications supplémentaires sur ce point aux paragraphes 120 et 133 à 136 ci-dessous.)

Sollicitation

74. L'avis a été exprimé que le Guide devrait examiner toutes les exceptions à la règle de la sollicitation ouverte dans la demande de propositions dans l'ordre dans lequel elles étaient traitées dans la Loi type révisée. Il a aussi été estimé que les indications sur la sollicitation figurant dans le commentaire concernant une méthode de passation donnée devraient insister sur les particularités de la sollicitation dans cette méthode. Dans ce cas, les indications devraient porter sur la demande de propositions sans négociation plutôt que sur la demande de propositions en général.

75. À titre d'observation générale sur la présentation des commentaires dans le Guide, on a fait remarquer qu'il ne s'agissait pas de répéter simplement, par souci d'exhaustivité, les dispositions de la Loi type révisée. Ce n'était que lorsque des explications étaient fournies qu'il fallait prévoir un commentaire.

Procédures

76. S'agissant de la note 5, une réserve a été exprimée quant à la suggestion de modifier à l'article 46 le libellé de la proposition à retenir en faveur du terme "proposition la plus avantageuse". Toutefois, cette suggestion a été appuyée, car le libellé actuel figurant dans les différentes méthodes de passation n'était pas constant, alors qu'il s'agissait du même concept. On a fait observer que toute modification de proposition du projet de loi type, dont celle-ci, devrait être examinée par la Commission.

77. S'agissant du paragraphe 8 du commentaire de l'article 46, des questions ont été posées concernant les méthodes de notation utilisées dans cette méthode de passation et le libellé employé dans le projet de guide à propos de la possibilité de choisir la proposition à retenir, dans cette méthode, uniquement en fonction du prix (possibilité non mentionnée dans le projet de loi type proprement dite). La référence au prix "seul" a été jugée inappropriée, car la méthode présupposait toujours que les caractéristiques techniques et qualitatives soient évaluées en même temps que le prix. Le Secrétariat a été prié de reformuler la partie correspondante du paragraphe 8 afin d'éliminer toute imprécision, en soulignant que la proposition à retenir serait toujours choisie parmi celles qui répondaient aux exigences techniques et qualitatives minimales, ou les dépassaient.

6. Commentaire concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, partie B)

Conditions d'utilisation

78. Il a été proposé que soient donnés des exemples d'utilisation de cette méthode de passation. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà noté que cette méthode était habituellement utilisée pour la passation de marchés concernant des services intellectuels (par exemple, des services consultatifs juridiques, financiers ou de conception, des études environnementales ou des services d'ingénierie). On a fait observer que le terme "services intellectuels" n'était pas un terme habituel pour tous et que le Guide devrait se fonder sur la terminologie employée dans différents systèmes (telle que "services professionnels ou consultatifs"). On a donné comme autre exemple d'utilisation de cette méthode de passation la fourniture de locaux (notamment de bureaux) aux pouvoirs publics. Il était entendu que, conformément à la décision déjà prise par le Groupe de travail à la présente session de supprimer du commentaire sur les méthodes particulières de passation toute référence précise aux pratiques actuelles des banques multilatérales de développement (voir par. 69 à 73 ci-dessus), le paragraphe 4 du commentaire de l'article 29-3 devrait être reformulé, en conservant toutefois les renvois à la méthode appliquée dans la pratique principalement pour ces services.

79. Il a été convenu que, dans la version anglaise de la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire de l'article 29-3, les mots "can not" devraient être remplacés par les mots "may not".

Procédures

80. Il a été proposé de fournir des indications sur l'objet de la notation dans cette méthode de passation en précisant que le classement était établi en fonction des

notes attribuées et que les négociations débutaient ensuite avec le fournisseur le mieux classé.

81. Le Secrétariat a été prié de reformuler le paragraphe 3 du commentaire de l'article 49 en des termes plus équilibrés et de revoir l'ordre des paragraphes 3 et 4 de manière à préciser les avantages et les éventuelles difficultés de l'utilisation des négociations consécutives, en mentionnant en particulier le pouvoir de négociation de l'entité adjudicatrice.

7. Commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7)

Conditions d'utilisation

82. Concernant la note de bas de page 1, on a exprimé l'avis qu'il n'était pas nécessaire de modifier le texte du projet de loi type car les dispositions reflétaient avec exactitude que la nécessité envisagée de discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs était prise en compte dans la décision de recourir à cette méthode de passation; le fait que cette nécessité ne se matérialise finalement pas était une autre question. On a également noté que l'article 47, sur les procédures d'appel d'offres en deux étapes, faisait des discussions une étape facultative. Selon un autre avis, l'utilisation de cette méthode de passation se justifiait essentiellement par la nécessité de préciser certains points de la description de l'objet du marché, raison pour laquelle des discussions étaient envisagées, et le texte actuel ne reflétait pas suffisamment ce point. Il a été convenu que la Commission devrait être invitée à examiner ces points lorsqu'elle s'occuperait de la rédaction de l'article 47.

83. Dans la note de bas de page 2, on a proposé d'ajouter à la dernière phrase du paragraphe 2 le membre de phrase ", avec la contribution de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels". On a expliqué que l'entité adjudicatrice mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs intervenant dans la description définitive de l'objet du marché devraient assumer la responsabilité de la solution technique et le risque d'inexécution découlant de toute erreur faite dans cette description. Cependant, il a été dit que la dernière phrase du paragraphe ne visait pas à traiter de l'attribution de la responsabilité ni des risques liés à l'exécution du contrat, mais à faire passer l'idée que dans l'appel d'offres en deux étapes, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice conservait la responsabilité de la finalisation des conditions révisées de la passation; le libellé serait revu afin que ce point y soit mentionné avec exactitude.

84. Le Secrétariat a été prié de réexaminer les exemples fournis au paragraphe 2 à la lumière de la dernière phrase de ce paragraphe. On a indiqué que dans les projets clefs en main en particulier, il incombait aux fournisseurs et entrepreneurs et non à l'entité adjudicatrice de finaliser la description détaillée de la solution technique et par conséquent d'assumer la responsabilité de toute défaillance. On a toutefois considéré que les exemples reflétaient en particulier l'expérience que certaines banques multilatérales de développement avaient de cette méthode de passation.

85. En ce qui concerne la note 3, il a été proposé d'ajouter à la fin de la première phrase du paragraphe 3 le membre de phrase suivant: "; les discussions ne permettront pas non plus à l'entité adjudicatrice de mettre en balance les coûts et les avantages techniques potentiels". Il a été expliqué que si des termes commerciaux et

des aspects techniques devaient être comparés afin de finaliser la description de l'objet du marché, l'utilisation de cette méthode pouvait s'avérer inappropriée.

86. Toujours en ce qui concerne la première phrase du paragraphe 3, on s'est demandé si le projet de loi type interdisait en fait toute discussion sur les aspects financiers des solutions techniques proposées. Il a été dit que dans la pratique, il n'était pas rare de discuter des incidences financières de certains aspects techniques lors de la première étape.

87. Le Groupe de travail a décidé d'examiner les questions soulevées à propos du paragraphe 3 lorsqu'il examinerait le commentaire de l'article 47 (voir par. 90 à 93 ci-dessous). On a également souligné qu'il faudrait examiner le paragraphe 8 dans ce contexte.

88. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préciser dans les indications concernant l'appel d'offres en deux étapes que cette méthode était une variante de l'appel d'offres ouvert; toutes les garanties de l'appel d'offres ouvert s'appliquaient. Il était entendu que les dispositions portant sur les précisions apportées au dossier de sollicitation s'appliquaient également à la deuxième étape de la procédure. En outre, il a été convenu que les indications devraient souligner que les discussions n'étaient autorisées que lors de la première étape.

Sollicitation

89. Concernant le paragraphe 13, dans le contexte de la deuxième dérogation à l'obligation de publication internationale visée à l'article 32-4, on a estimé qu'il convenait de souligner davantage l'évaluation qualitative selon laquelle seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux seraient probablement intéressés à présenter des soumissions, notamment en raison de la faible valeur du marché. On a souligné la nécessité de s'étendre sur d'autres critères dont l'entité adjudicatrice devrait tenir compte dans ces évaluations qualitatives. On a donné comme exemples les facteurs géographiques et le faible nombre ou l'absence de fournisseurs étrangers (artisans autochtones). S'agissant de la note 4, il a été expliqué que la dérogation ne se limitait pas à un seuil de valeur et qu'il convenait donc d'établir une distinction par rapport aux questions se posant aux articles 21-3 b) et 22-2, où il s'agissait seulement de l'application d'un seuil financier. Il était entendu qu'à la lumière de cette explication, le paragraphe 13 devrait être révisé (de manière à s'assurer également que le lien avec l'article 8-1 était clair), et que l'essentiel du contenu du paragraphe 14, portant sur les questions liées à la cohérence des seuils pour les marchés de faible valeur, devrait plutôt figurer dans le commentaire des articles où se posait la question des seuils.

Procédures

90. Le Groupe de travail est convenu d'apporter au texte les modifications suivantes:

a) Remanier le paragraphe 20 en précisant d'emblée que le chapitre III de la Loi type révisée s'applique à l'appel d'offres en deux étapes et en expliquant ensuite quelles dispositions du chapitre III s'appliquent à quelle étape et dans quel contexte;

b) En ce qui concerne la note 7, appeler l'attention de la Commission sur le changement de terminologie proposé;

c) Expliquer au paragraphe 22 que les offres initiales seront considérées comme non conformes et rejetées si le prix y est mentionné et souligner que les discussions visées à l'article 47-3 ne peuvent donc pas porter sur le prix;

d) Expliquer l'expression "chances égales" figurant à la dernière phrase du paragraphe 23 en soulignant les similitudes et différences de l'égalité de traitement des fournisseurs selon qu'il s'agit des discussions dans l'appel d'offres en deux étapes ou du dialogue tenu dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue, en se fondant sur les dispositions de l'article 48-10 s'il y a lieu, tout en prévoyant des garanties appropriées contre la divulgation d'informations confidentielles et les risques de collusion;

e) Suivre de plus près les dispositions de l'article 47-4 b) ii) dans le libellé du paragraphe 28 en ce qui concerne les modifications pouvant être apportées aux critères d'examen ou d'évaluation; et

f) Mentionner dans les indications, peut-être au paragraphe 23, la nécessité de verser au procès-verbal la teneur des discussions, en renvoyant à l'article 24 sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

91. Dans le contexte du paragraphe 23, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà examiné à la présente session (voir par. 85, 86 et 90 c) ci-dessus) la portée des discussions de la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. On a noté qu'à la première étape, les propositions de prix n'étaient pas autorisées, mais que des discussions informelles pouvaient avoir lieu concernant les données sur la situation du marché.

92. Il a été dit qu'il serait naturel de s'attendre à ce que l'entité adjudicatrice examine lors des discussions l'ensemble des aspects de l'objet du marché, y compris le prix relatif de certains articles disponibles sur le marché, afin de parvenir à la meilleure solution technique. Il a donc été proposé de modifier le paragraphe 3 et les autres dispositions similaires du texte afin de ne pas exclure la possibilité d'examiner les aspects liés au prix. Des doutes ont toutefois été émis quant à savoir dans quelle mesure l'entité adjudicatrice pourrait fonder son choix de solution technique sur des informations non contraignantes concernant les marchés ou sur des prix généraux fournis lors des discussions, qui pourraient s'avérer spéculatifs. On a également souligné qu'il serait irréaliste de négliger les incidences du prix et des aspects liés à celui-ci sur le choix de la solution technique. À cet égard, on a noté que les lignes directrices de certaines banques multilatérales de développement interdisaient les propositions de prix à la première étape.

93. Le Secrétariat a été prié d'examiner toutes ces questions en révisant les dispositions pertinentes du texte, notamment les paragraphes 3, 8 et 23, et d'assurer la cohérence de l'ensemble des indications concernant la portée autorisée des discussions.

94. En ce qui concerne les modifications apportées aux conditions du marché à la suite des discussions, il a été observé que le dossier de sollicitation de la première étape porterait probablement surtout sur les aspects fonctionnels des articles à acquérir et comporterait donc une description assez large, et que la deuxième étape permettrait de préciser les aspects techniques et de les inclure dans la demande

d'offres définitives. L'objet du marché ne pouvait donc pas être modifié lors des discussions mais les solutions techniques à mettre en œuvre pour le fournir pouvaient effectivement changer. Le Secrétariat a également été prié de fournir dans le contexte du paragraphe 26 des exemples pratiques montrant comment des modifications apportées aux aspects techniques et qualitatifs pourraient modifier ou non la description de l'objet du marché, afin que les concepts en jeu puissent être mieux compris.

95. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné ce sujet à ses précédentes sessions et n'avait pas défini le concept de modification substantielle de l'objet du marché parce que les nombreuses variables en jeu donnaient à penser qu'une approche descriptive permettant un examen au cas par cas serait plus indiquée. On a estimé qu'il ne serait pas possible non plus de fournir une définition du moment où la description de l'objet du marché changeait dans ce contexte car cela nécessiterait une analyse au cas par cas, selon par exemple qu'un groupe différent de fournisseurs ou entrepreneurs participants puisse participer en raison de la modification (par exemple, une modification du type de train à acquérir ou de la longueur du tronçon de route à construire pourrait avoir une incidence sur la composition du groupe dans certains cas et pas dans d'autres). À cet égard, il a été noté qu'il serait utile que le Guide comporte des critères montrant si une modification portait sur les aspects techniques ou sur l'ensemble de la description. Il a également été convenu que le Guide devrait renvoyer aux dispositions de l'article 10-4 régissant la description de l'objet du marché. Il a été dit qu'il vaudrait peut-être mieux examiner les questions générales dans le commentaire de l'article 10, avec un renvoi au paragraphe 26, et traiter au paragraphe 26 des questions découlant de l'article 10 dans le contexte de l'appel d'offres en deux étapes. On a également souligné à cet égard les incidences des modifications du dossier de sollicitation pouvant nécessiter une nouvelle passation en vertu des dispositions de l'article 15.

96. Le Groupe de travail a également rappelé à propos de la note 3 que les exemples de cas où il était recouru à l'appel d'offres en deux étapes et non à la demande de propositions avec dialogue restaient à fournir. En réponse, on a mentionné la passation de marchés de fourniture et installation d'une usine, en notant que certaines banques multilatérales de développement n'envisageaient pas le recours à la demande de propositions avec dialogue pour ce type de passation. On a également donné comme exemples la construction de routes et l'acquisition de wagons de métro. Dans de tels cas, il serait possible de formuler des spécifications détaillées dès le début de la passation mais l'entité adjudicatrice pourrait ensuite préciser certains aspects techniques de l'objet du marché en fonction des informations obtenues lors des discussions avec les fournisseurs (concernant notamment l'existence sur le marché de matériaux ou de méthodes plus élaborés). Il a été dit que la différence entre l'appel d'offres en deux étapes et la demande de propositions avec dialogue résidait moins dans l'objet du marché que dans l'expérience de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne le recours à ces méthodes de passation, la question étant de savoir si celle-ci serait mieux à même d'acquérir l'objet du marché en recourant à la demande de proposition avec dialogue qu'en recourant à l'appel d'offres en deux étapes. Enfin, on a indiqué que le recours à l'appel d'offres en deux étapes était en diminution dans la pratique. (On trouvera des indications supplémentaires sur les différences entre ces deux méthodes de passation au paragraphe 97 ci-dessous.)

8. Commentaire concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8)

Conditions d'utilisation

97. Le Secrétariat a été prié de donner dans le commentaire des exemples concrets du recours à la demande de propositions avec dialogue. Les exemples évoqués concernaient la passation de marchés visant à rechercher des solutions novatrices, notamment à économiser l'énergie ou à assurer la viabilité du marché, lorsque diverses solutions techniques existaient pour un même besoin [par exemple, s'agissant de l'économie d'énergie, la différence pouvait être dans les matériaux employés ou une source d'énergie plutôt qu'une autre (énergie éolienne contre énergie solaire)]. L'expérience de l'utilisation de cette méthode par une organisation internationale a été exposée et il a été noté qu'elle avait permis d'économiser beaucoup de temps par rapport à l'appel d'offres en deux étapes.

98. À propos de la note 1, des réserves ont été exprimées quant à la proposition de modifier le texte de l'article 10. On a fait remarquer que cet article, qui portait sur la description de l'objet du marché, devrait conserver un caractère général et avoir une portée suffisamment large pour prendre en compte les méthodes de passation reposant sur l'appel d'offres et celles ne reposant pas sur l'appel d'offres, ainsi que des spécifications détaillées et fonctionnelles axées sur les résultats. Si des modifications étaient nécessaires pour assurer la cohérence entre l'article 10 et l'article 48, c'est ce dernier qu'il fallait modifier.

99. À ce propos, on s'est interrogé sur le libellé du paragraphe 5 renvoyant à l'idée mentionnée à l'article 48 concernant la possibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché. On a estimé que les mots "est dans l'impossibilité de formuler" dans le commentaire ne constituaient pas le même critère que celui énoncé à l'article 48, en ce sens que le commentaire donnait à entendre qu'il s'agissait de savoir si l'entité adjudicatrice était objectivement incapable de formuler une description détaillée de l'objet. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait adopté une approche plus souple lorsqu'il avait rédigé les dispositions du projet de loi type et que cette approche ne devrait pas être restreinte par le commentaire. On a fait observer que les raisons qui sous-tendaient la décision de ne pas formuler une description unique et détaillée de l'objet du marché pouvaient être notamment l'insuffisance de ressources ou de connaissances spécialisées, ou encore le fait que cette façon de procéder ne correspondait pas à une approche optimale (par exemple lorsque les solutions existantes n'étaient pas parfaitement connues ou appréciées à leur juste valeur). Le Secrétariat a été prié de réexaminer ce libellé pour prendre en compte ces différents motifs, notamment le fait que les fournisseurs pourraient être mieux placés pour formuler des solutions techniques détaillées répondant à certains besoins de l'entité adjudicatrice, comme ceux exigeant un niveau élevé de connaissances et de compétences (notamment les ouvrages d'architecture ou services de génie civil).

100. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat:

a) De supprimer dans le paragraphe 1 le mot "travaux";

b) D'éliminer aux paragraphes 1 à 3 le lien automatique entre la complexité de ce qui devait être fourni et le recours à la demande de propositions avec dialogue.

On s'est inquiété en particulier de l'incohérence des références à des marchés complexes, relativement complexes et extrêmement complexes dans divers paragraphes du commentaire;

c) D'inclure au paragraphe 8 un renvoi au commentaire de l'article 20 portant sur les conflits d'intérêts qui surviendraient si un fournisseur était susceptible de participer à l'élaboration de la solution technique puis de participer à la passation;

d) De veiller à ce que les références aux négociations et au dialogue dans le commentaire de l'ensemble du chapitre V soient précises, c'est-à-dire qu'il ne soit pas fait référence aux négociations lorsqu'il était question du dialogue, et que le mot "négociations" ne soit utilisé que dans les méthodes de passation dont le titre comportait ce terme;

e) D'aligner plus étroitement le texte sur les conditions d'utilisation mentionnées à l'article 29-2;

f) D'apporter au texte les modifications voulues pour tenir compte des décisions déjà prises par le Groupe de travail au cours de la session, notamment en ce qui concerne les questions qui pourraient être plus judicieusement traitées dans un commentaire général [telles que l'approbation par une autorité externe et la position de certaines banques multilatérales de développement à l'égard du recours à certaines méthodes de passation prévues dans la Loi type (voir les paragraphes 69 à 73 ci-dessus)];

g) D'envisager de déplacer les paragraphes 12 et 13 du commentaire de l'article 29-2 dans le commentaire de l'article 48, sauf dans la mesure où les aspects procéduraux de la méthode de passation examinés aux paragraphes 12 et 13 pourraient influer sur la décision de l'entité adjudicatrice concernant le choix de la méthode de passation. On a également fait observer que l'approche de cette question structurelle devrait être uniforme pour toutes les méthodes de passation;

h) D'éliminer les répétitions dans le commentaire sur les meilleures offres définitives.

Procédures

101. S'agissant de la note 4, l'avis a été exprimé que les mots placés entre crochets dans le commentaire devraient être maintenus sans crochets dans le texte. On a estimé que la phrase où apparaissait ce libellé devrait être coupée en deux: la première phrase indiquant que l'article 48-5 énonce les informations qui doivent (et non qui "devraient") figurer dans la demande de propositions et la seconde phrase expliquant que l'entité adjudicatrice est tenue de veiller à ce que les informations communiquées soient suffisantes pour que les fournisseurs préparent leurs propositions et qu'elle évalue ces propositions équitablement.

102. Le Groupe de travail est convenu:

a) Compte tenu des propositions formulées aux notes 5 et 6, de déplacer le passage en question, du commentaire de l'article 48 vers le commentaire sur les critères de qualification et les critères d'évaluation respectivement. Le texte du paragraphe 31 devrait également être remanié pour qu'il soit bien clair que les

critères de qualification et les critères d'évaluation pourraient prendre en compte les compétences et l'expérience du personnel des fournisseurs;

b) De remanier la dernière phrase du paragraphe 34 pour indiquer que l'entité adjudicatrice est tenue en vertu de l'article 11 de la Loi type de donner une description fidèle des critères et de la procédure d'évaluation;

c) S'agissant de la note 7, de supprimer du paragraphe 38 la dernière phrase entre crochets, étant entendu qu'il serait inefficace et contreproductif d'obliger les fournisseurs à continuer de participer au dialogue s'ils ne le souhaitaient pas, et que les garanties de soumission n'offriraient pas une solution viable pour ce qui était d'assurer une participation suffisante. (Une question connexe, liée au paragraphe 40 du commentaire, était que la possibilité d'exclure des fournisseurs au cours de la procédure de dialogue était réglementée différemment selon les pays.)

9. Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie A)

103. S'agissant du paragraphe 7 et de la note de bas de page 1 du commentaire de l'article 29-4, il a été souligné que si les indications complémentaires proposées dans la note de bas de page étaient incluses, il faudrait garder à l'esprit que la question du manque de compétences de négociation effectives ne pourrait être prise en compte dans les passations urgentes. L'avis a été exprimé que les questions de capacité ne devraient pas être traitées dans les indications concernant cette méthode de passation mais plutôt comme une question générale ou par exemple dans le contexte de la demande de propositions avec dialogue.

104. Le Groupe de travail a noté que dans la pratique cette méthode était largement utilisée dans des circonstances autres que celles énumérées à l'article 29-4, notamment pour la passation de marchés de services.

105. Le Groupe de travail est convenu:

a) De remplacer au paragraphe 7 du commentaire de l'article 29-4 l'expression "competitive dialogue" par l'expression "competitive negotiations" [l'expression "négociations avec appel à la concurrence" figure déjà dans le texte français];

b) En ce qui concerne les dispositions de l'article 33-5 et les autres dispositions similaires dans l'ensemble de la Loi type, de recommander à la Commission d'envisager de réexaminer la possibilité de préciser dans le texte même de la Loi, plutôt que dans les règlements en matière de passation, le lieu de publication de l'avis préalable de passation de marché et autres informations semblables;

c) Comme le suggère la note 2, d'expliquer dans le glossaire l'expression "meilleures offres définitives", en expliquant aussi au commentaire de l'article 50 la règle selon laquelle ces offres ne peuvent être soumises qu'une fois;

d) Au paragraphe 13 du commentaire de l'article 50, de souligner les différences entre les négociations concomitantes tenues lors des négociations avec appel à la concurrence et le dialogue tenu de manière concomitante dans le cas de la

demande de propositions avec dialogue, en soulignant que la négociation devrait être très brève compte tenu de l'urgence de la situation;

e) Au paragraphe 17 du commentaire de l'article 50, de remplacer l'expression "gèle les spécifications" par "met fin à toute possibilité pour l'entité adjudicatrice de modifier ses exigences et les conditions de la passation", de remplacer l'expression "conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs" par "conditions offertes par les fournisseurs et entrepreneurs", et d'établir une distinction claire entre les conséquences de la sollicitation des meilleures offres définitives et la soumission de ces offres;

f) D'employer de manière cohérente tout au long du Guide l'expression "meilleure pratique" au lieu de "bonne pratique".

106. Le Secrétariat a été prié d'assurer une approche uniforme et structurée des indications se rapportant à chaque méthode de passation.

10. Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie B)

Conditions d'utilisation

107. S'agissant du paragraphe 1 du commentaire de l'article 29-5, on a fait observer que la sollicitation d'une source unique était souvent utilisée pour l'achat de produits protégés par un droit de propriété intellectuelle, comme les pièces de rechange. En conséquence, il a été proposé que le commentaire encourage les entités adjudicatrices à planifier leurs marchés futurs et à obtenir les licences appropriées afin de permettre à la concurrence de s'exercer dans ces marchés. S'agissant du paragraphe 1 et de la note 3, on a rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné durant la session la description de l'objet du marché (voir par. 95 et 98 ci-dessus). Il a donc été proposé que les questions soulevées dans la note 3 soient traitées ailleurs.

108. Le Groupe de travail est convenu de remplacer au paragraphe 2 le mot "normalement" par le mot "peut-être" et de souligner à la fin du paragraphe que le montant des achats pouvant être faits dans les situations d'urgence devrait être strictement limité aux besoins découlant de ces situations.

109. S'agissant du paragraphe 5 et de la note 4, l'avis général était que l'exemple donné dans le paragraphe, bien que repris du Guide de 1994, était inapproprié et devrait être supprimé. Selon un autre avis, le paragraphe entier devrait être supprimé. Il a été répondu que les dispositions sur les conditions mentionnées dans le paragraphe devraient être maintenues.

110. À l'issue du débat, il a été convenu qu'il faudrait remanier le paragraphe 5 afin de l'aligner avec le libellé de l'article 29-5 e), qui ne renvoyait pas aux cas d'urgence économique grave. Le Secrétariat a été prié de souligner, lorsqu'il modifierait ce paragraphe, que les risques d'abus étaient présents dans tous les cas de sollicitation d'une source unique mais qu'ils risquaient d'être encore plus grands dans le cas envisagé à l'article 29-5 e), et de mettre l'accent sur les points suivants: que le recours à la procédure de sollicitation d'une source unique était exceptionnel et que l'utilisation de la méthode visée à l'article 29-5 e) l'était encore plus, comme le montrait l'exigence d'une approbation et d'une consultation publique préalables

(qui exclurait la méthode du champ d'action du marché concurrentiel en général); que les marchés à conclure en cas de catastrophe ou dans les situations d'urgence étaient traités ailleurs; que l'exemple d'urgence économique tiré du Guide de 1994 prêtait à confusion et ne devrait pas être reproduit dans le Guide révisé; qu'en dépit du fait que des exemples de cas où la méthode pourrait être utilisée ne devraient pas figurer ici pour éviter toute confusion, notamment en ce qui concerne la manière dont la capacité exclusive du fournisseur devait être déterminée, il faudrait fournir des exemples de cas qui seraient exclus de l'application des dispositions; et que les politiques socioéconomiques pourraient être mises en œuvre de façon plus appropriée à travers d'autres moyens offerts par la Loi type révisée.

111. Selon un autre avis, l'article 29-5 e) du projet de loi type devait être supprimé car il allait à l'encontre des objectifs de la Loi type révisée. Il a été répondu que la disposition en question avait fait l'objet d'un vaste débat et que le Groupe de travail avait décidé de la conserver. Il a été indiqué qu'il pourrait y avoir de bonnes raisons de recourir aux mesures mentionnées dans cet article ou dans le commentaire et que la suppression de l'article 29-5 e) pourrait être contre-productive, car un État dans une des situations qui y sont envisagées pourrait décider d'appliquer ce type de mesures. En l'absence de la disposition considérée, il pourrait le faire sans bénéficier des garanties de la Loi type révisée.

112. Il a été rappelé qu'il reviendrait à la Commission de décider de toute modification ou suppression proposée concernant les dispositions du projet de loi type. Il a aussi été noté que, comme ce fut le cas pour la Loi type de 1994 et son Guide pour l'incorporation, il était prévu que la Commission approuve la Loi type révisée et le Guide révisé.

113. S'agissant du paragraphe 8, on a fait observer que le rapport entre la négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique n'était pas toujours évidente. L'avis a été exprimé qu'un des critères de sélection d'une méthode de passation en vertu de l'article 27 – assurer la plus grande concurrence possible – faisait de la sollicitation d'une source unique la méthode de dernier recours, car c'était la seule dans laquelle aucune concurrence n'était envisagée. Il a été dit que le commentaire des articles 26 et 27 devrait faciliter l'approche de type "boîte à outils" pour le choix de la méthode de passation et pourrait donner des exemples des risques (notamment pour la concurrence et l'intégrité) liés à chaque méthode de passation et des risques liés aux considérations extrinsèques telles qu'une meilleure connaissance de certaines méthodes de passation, qui pourraient fausser une sélection objective.

Sollicitation

114. On s'est demandé si un renvoi à l'article 29-4 a) devrait être ajouté à l'article 33-6 de la Loi type. Le Secrétariat a été prié d'examiner la question et, le cas échéant, de porter toutes les modifications proposées à l'attention de la Commission.

Procédures

115. Le Secrétariat a été prié de mentionner au paragraphe 14, conformément à l'approche retenue au paragraphe 13, la dérogation à l'exigence d'un avis préalable dans les situations d'urgence mentionnées à l'article 29-5 b).

11. Première partie. Remarques générales (A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 et 2)

Commentaires généraux

116. L'avis a été exprimé qu'il faudrait sensiblement remanier les additifs 1 et 2 en supprimant les termes imprécis et l'examen de questions et conséquences secondaires et en mettant davantage l'accent sur les concepts essentiels.

Sections I.A.1 et I.A.2. Historique et objet

117. Les propositions suivantes ont été faites:

a) Regrouper les sections "historique" et "objet" en expliquant les objectifs d'origine du texte de 1994 et ceux des travaux en cours;

b) Souligner qu'en élaborant la Loi type de 1994, la CNUDCI cherchait avant tout à mettre à la disposition de tous les États Membres de l'ONU un modèle abouti, complet et satisfaisant pour la passation des marchés publics, qui pourrait se substituer aux diverses politiques des donateurs bilatéraux et multilatéraux en la matière;

c) Modifier le paragraphe 4 pour qu'il indique le mandat et les objectifs sous-tendant la révision de la Loi type de 1994;

d) Faire référence, au paragraphe 5, au commerce tant international que national;

e) Modifier le paragraphe 6 en supprimant le dernier membre de phrase et définir clairement les objectifs restants énoncés dans le paragraphe. Le contenu du dernier membre de phrase serait alors déplacé et constituerait une introduction à la présentation des modifications de la Loi type de 1994. On ajouterait des renvois entre la première partie et cette section.

Section I.A.3. Application universelle de la Loi type

118. Les propositions suivantes ont été faites:

a) Revoir le titre de la section, en remplaçant éventuellement le mot "universelle" par le mot "générale", et envisager de faire référence au champ d'application plus étendu de la Loi type révisée;

b) Remplacer les références aux "dispositions souples et non contraignantes de cette dernière" figurant au paragraphe 9 et ailleurs par des références aux options envisagées dans le texte;

c) Fusionner les paragraphes 8 et 9 et ajouter une référence aux utilisateurs de la Loi type de 1994;

d) Au paragraphe 10, intégrer les concepts de neutralité et d'objectivité; modifier la référence à "tout type d'États" et faire référence aux différentes traditions juridiques; transférer la dernière phrase dans la section qu'il est proposé d'intituler "Historique et objet de la Loi type" (voir par. 117 ci-dessus). Selon un autre avis, il faudrait conserver au paragraphe 10 la première partie de la dernière phrase, qui se lit: "Tous les pays ont besoin de bonnes lois et de bonnes pratiques en matière de marchés publics";

e) Renvoyer à l'article 3 qui avait des incidences sur le concept d'application universelle.

Section I.A.4. Relation avec d'autres textes internationaux sur les marchés publics

119. Les propositions suivantes ont été faites:

a) Comme le principal objectif était d'indiquer que la Loi type révisée était soumise aux accords internationaux conformément à l'article 3, souligner uniquement les questions pouvant intéresser les États adoptants, et éliminer les détails factuels inutiles sur d'autres instruments internationaux, de manière à prévenir les déclarations inexactes;

b) Traiter les points soulevés en relation avec l'article 3 aux paragraphes 11 et 13 en tant que question distincte méritant d'être examinée à part;

c) Revoir le libellé de la dernière phrase du paragraphe 12 pour ce qui est de la relation entre la Loi type révisée et la Convention des Nations Unies contre la corruption[3];

d) Revoir les références à l'AMP au paragraphe 13 en temps voulu, pour en assurer l'exactitude (voir également par. 42 ci-dessus), et indiquer que les travaux préparatoires sur l'AMP révisé avaient également été pris en compte dans l'élaboration de la Loi type révisée; au même paragraphe, renvoyer aux accords bilatéraux de libre-échange;

e) Souligner, au paragraphe 14, les différences entre la Loi type révisée et les politiques des banques multilatérales de développement, sans entrer dans les détails;

f) Au paragraphe 14, faire référence à des "projets" plutôt qu'à des "projets de passation"; relier les deux premières phrases au reste du paragraphe; faire uniquement référence à l'harmonisation des politiques internes des banques multilatérales de développement; reformuler la dernière phrase pour ne pas donner l'impression qu'une loi interne fondée sur la Loi type révisée serait automatiquement acceptable pour les banques multilatérales de développement; et déplacer le paragraphe, car il ne fait pas référence aux instruments internationaux portant sur la passation de marchés publics.

120. L'avis a été exprimé qu'il faudrait refléter dans le commentaire de l'article 26 la position des banques multilatérales de développement sur l'utilisation de certaines méthodes de passation prévues par la Loi type pour des projets qu'elles finançaient. On a rappelé que le Groupe de travail avait précédemment décidé d'indiquer le contexte historique du recours par ces banques à certaines méthodes de passation. On a estimé qu'il ne suffisait à cet égard pas de mentionner de manière générale que les pays souhaitant obtenir un financement auprès de ces banques devaient se renseigner sur les politiques qu'elles appliquent. En réponse, on a fait remarquer que les opinions des banques multilatérales de développement pourraient évoluer avec le temps et ne devraient pas être prises en compte dans le Guide. (Pour un examen plus approfondi de ce point, voir les paragraphes 133 à 136 ci-dessous.)

---

[3] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

Section I.B. Objet du Guide

121. Il a été convenu d'ajouter au texte une référence à une nouvelle section du Guide qui décrirait les modifications apportées à la Loi type de 1994.

Section II.A. Objectifs

122. Selon un avis, le paragraphe 19 devrait aussi présenter le contexte et l'origine des objectifs énumérés et traiter de leur importance relative. Selon un autre avis, de telles informations générales pourraient entraîner trop de débats théoriques et prêter à controverse.

123. Il a été suggéré de souligner dans cette section que les objectifs faisaient référence à la passation de marchés publics, afin de ne pas créer d'attentes en ce qui concerne la passation de marchés du secteur privé, et d'y inclure un commentaire sur la satisfaction des nécessités publiques. Il a également été suggéré de souligner dans cette section, peut-être au paragraphe 20, que les objectifs pourraient se renforcer l'un l'autre mais aussi diverger et que dans certaines méthodes de passation un ou plusieurs objectifs pourraient prévaloir. L'avis a été exprimé que l'examen de cette section était trop axée sur l'économie.

124. En ce qui concerne le paragraphe 20, il a été suggéré de remplacer à la première phrase les mots "ne confère peut-être pas" par les mots "ne confère pas en lui-même" ou à défaut de la supprimer tout simplement car elle n'était peut-être pas exacte. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le libellé du Guide de 1994 ("ne [...] pas en soi"), sous réserve de modification par la Commission. Il a également été suggéré de remplacer l'expression "a l'assurance" par les mots "a davantage l'assurance" et de remplacer l'expression "d'être traitées équitablement et de ne pas subir d'abus" par l'expression "qu'elles seront traitées équitablement et qu'il sera fait face aux abus".

Rapport qualité-prix

125. Les propositions suivantes ont été faites:

a) Au paragraphe 21, remplacer le mot "englobe" par "est un concept qui englobe", ajouter à la fin de la première phrase les mots ", et vise à établir un rapport optimal entre les deux aux yeux de l'entité adjudicatrice" et inverser l'ordre des mots économie et efficacité;

b) Donner au paragraphe 21 des exemples plus simples et inclure ailleurs une référence plus claire à l'évaluation des coûts complets sur le cycle de vie;

c) Supprimer le paragraphe 22 et en incorporer la teneur générale au paragraphe 21.

Participation et concurrence

126. Divers avis ont été exprimés quant à savoir si la participation et la concurrence devraient être traitées ensemble ou séparément mais il a été convenu que l'objectif de la concurrence devrait être précisé. Il a été dit que cette notion recouvrait trois aspects: le nombre de concurrents; leur compétence et leur qualité; et leur volonté de participer et de concourir. L'avis a été exprimé qu'il faudrait expliquer dans le Guide en quoi l'objectif de la participation et celui de la concurrence se recoupaient.

127. Il a été convenu:

a) D'ajouter les mots "en général" à la première phrase du paragraphe 23 après le mot "efficace" et de renvoyer non pas à "ses objectifs" mais à "ces objectifs" de la Loi type révisée;

b) De mentionner au paragraphe 24 les "circonstances limitées et exceptionnelles" dans lesquelles une participation internationale pourrait être limitée et de remplacer les mots "à la fois nationale et internationale" par "de fournisseurs et d'entrepreneurs nationaux et internationaux";

c) De supprimer au paragraphe 27 la référence aux "microentreprises" (à ce sujet, voir également par. 54 ci-dessus);

d) D'envisager de remplacer au paragraphe 28 l'expression "un marché de fournisseurs plus concentré" par une référence à un marché où le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant fournir l'objet du marché en question est limité; et de parler de consolidation plutôt que de concentration de ces marchés à la fin du paragraphe;

e) De supprimer la deuxième phrase du paragraphe 28 car elle fait plus que décrire les objectifs de la Loi type révisée. Une réserve a été exprimée concernant cette proposition au motif que la phrase contenait des notions importantes. Il a été suggéré de déplacer le contenu de ce paragraphe, par exemple dans une section du Guide traitant de l'interaction entre les règlements en matière de passation des marchés et d'autres politiques publiques sur la participation et la concurrence;

f) D'employer de manière cohérente dans le Guide l'expression "fournisseurs ou entrepreneurs" ou de définir le terme "fournisseurs" comme englobant les entrepreneurs.

Traitement juste et équitable

128. Le Secrétariat a été prié:

a) D'écourter le paragraphe 29, en particulier de réexaminer la nécessité de la partie suivant la deuxième phrase;

b) D'insister, dans la partie du paragraphe 29 qui subsisterait, sur les circonstances exceptionnelles envisagées;

c) De réviser le paragraphe 30 comme suit: i) expliquer et illustrer dûment la notion de traitement juste et équitable, en mettant en avant les différences entre les deux termes, ii) supprimer les références aux accords de libre-échange, et iii) supprimer la référence à la réciprocité à la fin du paragraphe.

Conclusions

129. Pour conclure les débats sur la première partie du projet de guide, le Groupe de travail a demandé que le texte soit le plus objectif et le plus concis possible. À cet égard, l'avis a été exprimé qu'il faudrait réexaminer la question de savoir s'il fallait fournir des indications détaillées sur les objectifs de la Loi type révisée.

Propositions pour les sections du Guide portant sur le choix des méthodes de passation

130. Il a été suggéré d'inclure dans la première partie, sous-section II. Principales caractéristiques de la Loi type, le libellé suivant:

> "1. La Loi type révisée comporte une plus grande diversité de méthodes de passation que la Loi type de 1994. Ces méthodes, qu'elles soient révisées ou nouvelles, reflètent l'évolution qui a eu lieu dans ce domaine et celle de la pratique des gouvernements en la matière depuis l'adoption de la Loi type de 1994. Le nombre de méthodes prévues reflète l'opinion de la Commission selon laquelle le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est de fournir aux États une série d'options parmi lesquelles ils peuvent choisir en fonction des différentes situations, sous réserve que les conditions d'utilisation de la méthode retenue soient remplies. La possibilité de choisir entre plusieurs méthodes de passation permet aux États d'adapter les procédures à l'objet du marché et aux besoins de l'entité adjudicatrice. L'entité adjudicatrice peut alors aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés et promouvoir la concurrence.
>
> 2. Il est toutefois rappelé aux États adoptants que ces méthodes sont souvent complexes et qu'il faut tenir compte de la capacité des entités adjudicatrices d'administrer efficacement certaines méthodes de passation."

131. Le libellé proposé pour le paragraphe 2 a suscité une certaine opposition parce qu'il sous-entendait, sans en donner l'explication, que certaines méthodes de passation de marchés étaient plus faciles à utiliser que d'autres, et pouvait laisser entendre que certaines méthodes étaient moins acceptables que d'autres. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'elle exposait en termes concrets les questions couvertes par les dispositions pertinentes de la Loi type.

132. En outre, le Secrétariat a été saisi du texte suivant, qu'il était proposé d'ajouter au commentaire des articles 26 et 27:

> "L'article 26 de la Loi type révisée sur les méthodes de passation des marchés contient une note de bas de page (apparaissant dans le texte de 1994) indiquant aux États adoptants qu'ils 'pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article'. Cette nouvelle note ajoute par ailleurs qu''il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert'.
>
> À titre de garantie supplémentaire, la Loi type de 1994 prévoyait dans ses dispositions sur les conditions d'utilisation, pour chaque méthode de passation autre que l'appel d'offres, le libellé suivant, que les États pouvaient envisager d'adopter: 'Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type désigne l'organe habilité à donner ladite approbation)'. Dans la Loi type révisée, la Commission a décidé de retirer ce libellé facultatif des dispositions individuelles relatives aux conditions d'utilisation des différentes méthodes et de traiter la question de manière plus générale dans la note accompagnant l'article 26. Cette dernière comprend désormais la phrase suivante: 'Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation d'une autorité supérieure désignée.'"

133. Le Groupe de travail était également saisi de la proposition suivante:

> "Dans le passé, les règlements de certaines banques multilatérales de développement ne prévoyaient pas de méthodes de passation de marchés telles que la demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives envisagées dans la Loi type, et ne prévoyaient de méthodes de passation ayant certaines caractéristiques de la demande de propositions sans négociation ou avec négociations consécutives, envisagées dans la Loi type, que pour la passation des marchés de services de consultant. En dépit de cela, la CNUDCI a décidé de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer la plus grande concurrence possible (art. 27-2) (pour le commentaire correspondant, voir par. ...). La CNUDCI souhaite noter que la Loi type devrait tenir compte du fait que les politiques et les pratiques évoluent avec le temps."

134. Le texte du paragraphe 133 ci-dessus a été appuyé quant au fond, sous réserve de préciser la portée du terme "services de consultant". Selon un autre avis, il devrait être écourté et indiquer seulement d'une manière générale que les emprunteurs s'adressant aux banques multilatérales de développement devraient vérifier les politiques applicables à la passation de marchés publics.

135. Il a été entendu que le libellé proposé au paragraphe 133 ci-dessus devrait être inclus au commentaire de l'article 26 et qu'une déclaration liminaire, figurant à la première partie, présenterait l'approche générale de la Loi type révisée et celle des banques multilatérales de développement, et renverrait au commentaire de l'article 26.

136. Il a été proposé d'insérer cette déclaration liminaire dans la section II.B. Champ d'application de la Loi type, sous l'intitulé "Méthodes de passation des marchés", et d'y rappeler les dispositions reproduites au paragraphe 130 ci-dessus ainsi que les notions suivantes: a) les États adoptants devraient tenir compte de la capacité des entités adjudicatrices d'administrer efficacement les méthodes de passation; et b) les États adoptants qui envisageaient de recevoir un financement des banques multilatérales de développement voudront peut-être consulter les banques concernées, comme noté plus haut. La proposition a été appuyée quant au fond, mais il a été dit que les points a) et b) soulevaient des questions non liées et devraient être examinées séparément.

V. Travaux futurs

137. Le Groupe de travail a noté qu'il fallait envisager des moyens de modifier plus rapidement la Loi type révisée à l'avenir pour qu'elle reflète comme il se doit l'évolution des pratiques et des réglementations.

138. Le Groupe de travail a examiné les sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs dans le domaine de la passation de marchés publics et questions connexes, notamment la mise à jour des instruments de la CNUDCI portant sur les projets d'infrastructure à financement privé, en tenant compte de la Loi type révisée et de l'évolution du recours aux partenariats public-privé. Parmi les sujets possibles figuraient les méthodes de sélection et le règlement d'un litige après un marché. On

a estimé qu'il pourrait être utile d'examiner l'évolution de la réglementation des partenariats public-privé et d'étudier la faisabilité et l'opportunité de travaux de la Commission dans ce domaine. D'autres domaines de travail ont été mentionnés tels que la planification et l'administration des marchés.

139. Il a également été dit que des sujets non liés à la passation des marchés, tels que ceux liés aux droits de propriété, mériteraient d'être envisagés pour les travaux futurs de la Commission.

D. Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session (A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9)

[Original: anglais]

1. À sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010), ayant achevé ses travaux sur la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994 (la "Loi type")[1], le Groupe de travail est convenu qu'à sa vingtième session, il se concentrerait sur les propositions de révision du Guide pour l'incorporation. Il était entendu que la Commission adopterait la Loi type sur la passation des marchés publics (la Loi type révisée) à sa quarante-troisième session, en 2011. Le Groupe de travail a indiqué qu'il comptait soumettre à la Commission un avant-projet de guide révisé issu des travaux de sa vingtième session afin de l'aider à examiner le projet de loi type à cette session (A/CN.9/713, par. 138). On n'attendait pas de la Commission qu'elle adopte le Guide révisé à cette session.

2. À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté l'examen de plusieurs questions dans le Guide révisé et que les décisions prises à leur sujet devraient être maintenues à moins qu'elles ne soient annulées au cours des débats ultérieurs du Groupe de travail ou de la Commission (A/CN.9/713, par. 139). Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer des propositions pour le Guide révisé en suivant les lignes directrices suivantes: a) établir un texte initial de l'introduction générale du Guide révisé, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la Loi type sur la passation des marchés publics devrait être adoptée dans leur pays; b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la Loi type et les raisons de ces modifications; c) distribuer en même temps ou à peu près un projet de texte du Guide révisé se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé; d) veiller à ce que le texte du Guide révisé se lise bien et soit aisément compréhensible pour des parlementaires non spécialistes de la passation des marchés; e) traiter avec prudence les questions politiques sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix; et f) limiter autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire par article; lorsqu'elles étaient inévitables, veiller à la cohérence. Il a été convenu que l'importance relative de la partie générale du Guide révisé et du commentaire article par article devrait être examinée avec soin (A/CN.9/713, par. 140).

3. La présente note est soumise en réponse à cette demande du Groupe de travail. Ses additifs 1 à 3 contiennent des propositions pour certaines sections de la première partie (Remarques générales) d'un projet de guide révisé pour

---

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXV: 1994) (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I. La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf).

l'incorporation de la Loi type révisée. La partie générale du Guide pour l'incorporation vise à expliquer les considérations générales entourant l'adoption d'une législation nationale sur la passation des marchés publics et les recommandations du Groupe de travail, de manière à définir le contexte des observations par article venant ensuite. Cette structure du Guide vise à aider les législateurs à incorporer les dispositions de la Loi type révisée dans le droit de leur pays.

4. Le Groupe de travail est invité à déterminer si d'autres sections, sous-sections ou sujets devraient être ajoutés à la première partie. Il peut notamment s'agir de l'utilisation des méthodes, outils et techniques de passation de marchés prévus par la Loi type, des méthodes de sollicitation, de la qualification des fournisseurs ou entrepreneurs, de l'utilisation des dossiers et de leur importance, du retour d'information, de questions institutionnelles (concernant notamment les systèmes centralisés ou décentralisés de passation de marchés), de passation de marchés responsable et de l'assistance du secrétariat de la CNUDCI.

5. Les additifs 4 à 9 contiennent des propositions pour la partie II (commentaire par article) du Guide, qui visent à guider non seulement les législateurs qui incorporeront les dispositions de la Loi type révisée dans le droit national mais aussi les organismes de contrôle et les entités adjudicatrices qui en appliqueront les dispositions. Cette partie du Guide devrait être complétée par des ressources pratiques telles qu'un glossaire des termes employés dans la Loi type (accompagnés de leurs équivalents courants s'il y a lieu), des calendriers et des organigrammes destinés à aider les praticiens. Chacun de ces additifs contient un exposé succinct de l'objet des dispositions à l'examen, un exposé des éventuels problèmes de rédaction à l'intention des rédacteurs de textes législatifs et des orientations concernant les dispositions elles-mêmes.

6. L'additif 4 contient une proposition concernant le texte du Guide se rapportant au chapitre VIII (Contestations et appels) de la Loi type révisée. Les additifs 5 à 9 énoncent des propositions d'indications pour l'utilisation des méthodes de passation décrites aux chapitres IV et V de la Loi type révisée. Bien que les dispositions régissant les méthodes de passation se trouvent en différents endroits de la Loi type, les indications pertinentes sont présentées méthode par méthode, regroupant les dispositions pertinentes des chapitres II, IV et V. La présentation retenue dans le projet actuel des additifs 5 à 9 diffère donc de celle du commentaire par article, caractéristique du texte de 1994 et de l'additif 4 de la présente note. Cette nouvelle manière de présenter les orientations par méthode de passation vise à faciliter les travaux du Groupe de travail et de la Commission. Si elle est retenue dans le texte final du Guide révisé, elle pourrait permettre aux législateurs et autres décideurs d'examiner les modalités d'adoption des dispositions en fonction de la situation locale en tenant compte des conditions d'utilisation et des procédures de chaque méthode. Le Groupe de travail est invité à examiner la manière de présenter les orientations sur l'utilisation des méthodes de passation de marchés dans le texte final du Guide révisé.

7. Le projet de guide révisé pour l'incorporation figurant dans les additifs de la présente note porte sur la Loi type révisée. Il peut y être ajouté une section distincte portant sur les révisions apportées au texte de 1994 (comprenant un tableau des correspondances).

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant les sections et sous-sections suivantes de la première partie (Remarques générales) d'un projet de guide révisé pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: I. Introduction ("Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics" et "Objet du Guide") et II. Caractéristiques principales de la Loi type ("Objectifs", "Champ d'application" et "Approche générale").

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Première partie. Remarques générales

I. INTRODUCTION

A. Historique et objet de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

1. Historique

1. À sa vingt-septième session (New York, 31 mai-17 juin 1994), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (la Loi type de 1994)[1] et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne[2]. La Loi type a été très utilisée et a donné de bons résultats. Elle a servi de base à la législation des marchés dans plus de 30 pays et ses principes généraux ont été repris à des degrés divers dans bon nombre d'autres.

---

[1] Le texte de la Loi type figure dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17)). Il peut également être consulté à l'adresse www.uncitral.org.

[2] La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et de travaux, que la Commission avait adoptée en 1993 à sa vingt-sixième session [annexe I du rapport sur les travaux de cette session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17))], était son premier texte sur les marchés publics. Elle traitait des règles de la passation des marchés dans le domaine des biens et des travaux mais ne contenait pas de dispositions sur les services autres que ceux de construction.

2. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission est convenue que la Loi type de 1994 gagnerait à être mise à jour pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles résultant de la dématérialisation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans son utilisation comme base de réforme législative sans s'écarter de ses principes fondamentaux.

3. La Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, adoptée par la Commission à sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-… juillet 2011) (la Loi type révisée)[3], est le fruit du travail que cette dernière a entrepris pour réformer la Loi type de 1994. Le présent Guide accompagne la Loi type révisée. Sauf indication contraire, les mots "Loi type" employés ici désignent la Loi type révisée.

2. Objet

4. La décision de la CNUDCI d'élaborer une législation type sur la passation des marchés était motivée par le souhait de remédier au problème de l'inadéquation ou de l'obsolescence des lois constaté dans de nombreux pays, problème qui se traduit par un manque d'efficacité et d'efficience dans le processus de passation des marchés, donne lieu à des abus et, partant, empêche l'acheteur public d'obtenir une contrepartie adéquate en échange des fonds publics dépensés.

5. L'inadéquation des législations nationales sur les marchés entrave le commerce international (dont la promotion constitue un aspect majeur du mandat de la CNUDCI), alors qu'une proportion importante de ce même commerce découle de la passation de marchés. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux de la passation des marchés et les incertitudes qu'ils suscitent peuvent en partie empêcher les États de profiter des avantages que la passation des marchés à l'échelon international offre en termes de prix compétitifs et de qualité. Dans le même temps, les fournisseurs et entrepreneurs ne peuvent ni ne veulent vendre à d'autres États du fait que, dans de nombreux pays, la législation des marchés est inadéquate ou différente.

6. L'objet de la Loi type est donc triple: tout d'abord, servir de modèle aux États pour l'évaluation et la modernisation de leur législation et de leurs pratiques en matière de passation des marchés et pour l'adoption d'une législation des marchés lorsqu'elle fait défaut; ensuite, favoriser l'harmonisation au niveau international des règles de la passation des marchés de manière à promouvoir le commerce international; et enfin, permettre aux utilisateurs de la Loi type de 1994 de modifier leur législation nationale pour tenir compte des pratiques actuelles de la passation.

3. Application universelle de la Loi type

7. Conformément à son approche générale fondée sur la recherche d'un consensus intergouvernemental, la CNUDCI s'est inspirée de l'expérience de pays des quatre coins du monde en matière de réglementation des marchés publics pour élaborer la Loi type. Cette approche permet également au texte de refléter les meilleures pratiques et de conférer à ses dispositions une application universelle.

---

[3] On trouvera le texte de la Loi type révisée dans l'annexe I du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17)). On peut également le consulter à l'adresse www.uncitral.org.

8. Après sa publication, la Loi type de 1994 a le plus souvent servi de base aux pays en transition et aux pays en développement pour introduire une législation sur la passation des marchés. Dans ces pays, une proportion importante des marchés sont passés par le secteur public et les marchés publics représentent une part importante du produit intérieur brut. Bon nombre des marchés peuvent être liés à des projets qui contribuent au processus essentiel de développement économique et social et la passation de marchés peut être destinée à favoriser ce développement et à renforcer les capacités. Dans les pays en transition, l'adoption d'une législation sur la passation des marchés s'inscrit également dans le processus de développement de l'économie de marché et constitue un moyen de réglementer les relations entre secteur public et secteur privé.

9. Les pays développés, qui pour beaucoup ont adopté une législation sur la passation des marchés avant la publication de la Loi type, peuvent utiliser les dispositions souples et non contraignantes de cette dernière pour évaluer et moderniser les systèmes et les lois existants afin d'améliorer les résultats de la passation des marchés publics.

10. La Loi type atteindra pleinement son objectif d'harmonisation du commerce international si elle est utilisée par tout type d'États. Le texte ne vise donc ni des groupes de pays particuliers ni un niveau de développement donné. Il n'a pas non plus vocation à promouvoir l'expérience et l'approche d'une région particulière. Tous les pays ont besoin de bonnes lois et de bonnes pratiques en matière de marchés publics: les ressources sont limitées, certes à des degrés différents, dans toutes les régions du monde. Aussi la Loi type a-t-elle pour but de faciliter la réalisation d'un objectif, à savoir que la passation des marchés se fasse de la manière la plus avantageuse possible.

4. Relation avec d'autres textes internationaux sur les marchés publics

11. Depuis la publication de la Loi type de 1994, d'autres textes et accords internationaux sur les marchés publics ont été adoptés. Les obligations qu'ils énoncent ont une incidence sur les législations nationales régissant la passation des marchés dans les États qui y sont parties. La Loi type est expressément soumise aux accords internationaux conclus par l'État adoptant (comme en dispose son article [3]) et la CNUDCI a cherché à faire en sorte qu'elle soit, dans la mesure du possible, conforme à ces textes internationaux ainsi qu'aux dispositions communes des textes régionaux, afin que les parties auxdits textes puissent l'utiliser sans modification majeure.

12. La Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)[4] (la Convention contre la corruption) traite de la prévention de la corruption en énonçant, dans son article 9, des règles minimums obligatoires pour la passation. Cet article exige que chaque État partie prenne "les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des

---

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349. La Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 58/4. Conformément à son article 68-1, elle est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. On trouvera le texte de la Convention également à l'adresse http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf (page consultée en janvier 2011).

décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption". Bien que la Loi type ne soit pas un instrument de lutte contre la corruption à proprement parler, les dispositions qu'elle contient visent notamment à éviter les abus et, de ce fait, permettent aux nombreux États adoptants qui seront soumis à la Convention contre la corruption de s'acquitter des obligations que leur impose cette dernière.

13. L'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui figure dans l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay de 1986-1994 (AMP de 1994)[5], est un accord plurilatéral entre [28] membres, qui a pour objet, comme le décrit l'OMC, d'ouvrir la part la plus large possible des marchés publics à la concurrence internationale, en rendant les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics plus transparents et en empêchant les États de protéger les produits ou les fournisseurs nationaux ou d'exercer une discrimination à l'encontre de produits ou de fournisseurs étrangers. [Un nouvel Accord sur les marchés publics devrait officiellement voir le jour en 2011[6] [le présent passage devra être actualisé et une référence générique aux deux versions de l'Accord sur les marchés publics (l'AMP) sera employée].] Il existe aussi, au niveau régional, des accords commerciaux et des directives sur la passation des marchés qui s'appliquent dans d'autres groupements économiques ou politiques d'États. La Loi type est suffisamment souple pour que les États adoptants puissent l'adapter de manière à respecter leurs obligations commerciales internationales sans compromettre l'efficacité du texte lui-même.

14. Dans les pays en développement et les pays en transition, de nombreux projets de passation peuvent être financés par des donateurs multilatéraux ou par des investissements directs étrangers. Il arrive même que des donateurs financent la réforme de la passation des marchés. La Loi type comporte des dispositions qui conviennent à tous les types de passation, y compris dans les projets importants et complexes, et peut donc être utilisée pour la passation dans le cadre de projets financés par des fonds privés ou par des donateurs. Les banques multilatérales de développement sont convenues d'harmoniser leurs régimes relatifs à la passation de marchés financés par des donateurs. La Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement et le Programme d'action d'Accra[7] prévoient notamment la prise en main par les pays partenaires de leurs politiques de développement ainsi que l'utilisation des systèmes nationaux pour la fourniture de l'aide (lorsqu'il ressort des évaluations que le système de passation des marchés du pays concerné répond aux normes exigées). La Loi type prenant en compte les meilleures pratiques en matière de passation, les États adoptants peuvent être certains qu'elle offre une base solide pour une politique fondée sur l'utilisation du système de passation d'un pays.

---

[5] Disponible à l'adresse http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94.pdf (page consultée en janvier 2011).

[6] On trouvera le texte révisé provisoirement convenu de l'Accord sur les marchés publics (en date du 11 décembre 2006) à l'adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/negotiations_f.htm (page consultée en janvier 2011) [note à actualiser].

[7] Tous deux disponibles à l'adresse http://www.oecd.org/dataoecd/53/38/34579826.pdf (page consultée en janvier 2011).

B. Objet du Guide

15. En élaborant et en adoptant la Loi type, la Commission a conscience que celle-ci sera un outil plus efficace pour les États qui modernisent leur législation des marchés si des informations de base et des explications sont données aux décideurs et aux législateurs pour les aider à utiliser la Loi type, en particulier lorsqu'ils sont peu familiers des types de procédures de passation qu'elle prévoit. Le présent Guide examine également le champ d'application de la Loi type révisée, qui est plus étendu que celui de la Loi type de 1994, et, lorsque cela est nécessaire, explique les grandes évolutions récentes de la passation des marchés qui sont à l'origine des modifications apportées au texte de 1994.

16. Les informations contenues dans le présent Guide expliquent les objectifs de la Loi type (qui sont énoncés dans le préambule) et la manière dont ils peuvent être réalisés grâce aux dispositions de cette dernière. Ces informations peuvent aussi aider les États à exercer les options qu'offre la Loi type ainsi qu'à examiner, le cas échéant, les dispositions qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de leur situation particulière. Par exemple, des options sont proposées sur des questions dont il y a tout lieu de penser qu'elles seront traitées différemment d'un État à l'autre, telles que la définition du terme "entité adjudicatrice", qui a des incidences sur le champ d'application de la Loi type, et les questions liées aux procédures de contestation et d'appel.

17. La Loi type étant une loi "cadre" qui ne prévoit que des principes et procédures essentiels (voir section [II.D] plus loin), le Guide examine la nécessité d'une réglementation visant à faciliter l'application de la législation fondée sur la Loi type, recense les principales questions à traiter dans cette réglementation et examine l'infrastructure juridique et autre qui sera nécessaire pour une application efficace du texte.

II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE[8]

A. Objectifs

18. La Loi type a six objectifs principaux, qui sont énoncés dans son préambule et peuvent être résumés comme suit:

a) Assurer l'économie et l'efficacité (rapport qualité-prix);

b) Assurer une large participation des fournisseurs et entrepreneurs, en ouvrant la passation des marchés à la participation internationale en tant que règle générale;

c) Maximiser la concurrence;

d) Garantir un traitement juste et équitable;

e) Assurer l'intégrité, l'équité et la confiance du public; et

f) Promouvoir la transparence.

---

[8] Certaines dispositions de la présente section devront éventuellement être modifiées une fois que le commentaire article par article sera terminé, afin d'éviter toute répétition inutile.

19. Ces objectifs sont complémentaires. Les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir l'objectivité dans les procédures de passation, objectivité qui, à son tour, facilite la participation, la concurrence, un traitement équitable et la transparence. Ces notions forment les principes essentiels qui contribuent à la réalisation des deux buts suprêmes de la Loi type: obtenir le meilleur rapport qualité-prix et empêcher les abus. La Convention contre la corruption et l'AMP énoncent tous deux également des principes très similaires: la première parle de transparence, de concurrence et d'objectivité dans le processus de décision et le second de non-discrimination et de transparence.

20. L'énoncé de ces objectifs ne confère peut-être pas de droits quant au fond aux personnes qui participent ou pourraient participer au processus de passation. Les objectifs ne pourront être effectivement réalisés que grâce à des procédures cohérentes et homogènes fondées sur ces principes essentiels, à condition que le respect de ces derniers soit évalué et, si nécessaire, imposé. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prévues dans la Loi type, un État adoptant crée un environnement dans lequel le public a l'assurance que l'acheteur dépensera les fonds publics de manière responsable, avec l'obligation de rendre des comptes, et qu'il obtiendra ainsi le meilleur rapport qualité-prix. Il créera aussi, ce faisant, un environnement dans lequel les parties proposant de vendre à l'État auront la certitude d'être traitées équitablement et de ne pas subir d'abus.

1. Rapport qualité-prix

21. Dans la passation de marchés, le rapport qualité-prix englobe deux aspects à la fois: l'économie (fait que les coûts de l'opération ou les coûts administratifs de la passation et des systèmes de passation sont raisonnables) et l'efficacité (rapport optimal entre les coûts et d'autres facteurs, comme la qualité de l'objet du marché). Il se peut que le prix soit le seul ou le principal facteur déterminant l'offre à retenir, mais il arrive aussi que la qualité ou d'autres considérations prévalent, en fonction de la nature du marché concerné. Pour évaluer ce qui représentera le meilleur rapport qualité-prix dans un marché particulier, l'entité adjudicatrice peut souhaiter tenir compte d'une multitude d'éléments, tels que le coût complet sur le cycle de vie [qui peut comprendre le coût nécessaire pour se défaire de l'objet du marché (vente ou mise hors service)] et l'incidence des modifications convenues pendant l'administration du marché. La notion de durabilité – à savoir les coûts et avantages pour la société dans son ensemble plutôt que pour la seule entité adjudicatrice, qui peuvent tenir compte de l'impact social et environnemental du marché – peut également entrer en ligne de compte. [Ajouter un renvoi à la discussion dans le Guide consacrée à l'achat public durable.]

22. La Loi type laisse une certaine marge de manœuvre pour la définition des exigences minimales auxquelles les offres et autres soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes (article [10]) et des critères d'évaluation (article [11]), afin que les entités adjudicatrices puissent déterminer l'offre la plus avantageuse conformément aux pratiques locales en ce qui concerne les éléments constitutifs du meilleur rapport qualité-prix. (Voir également les paragraphes 33 à 35 ci-dessous sur les mesures de transparence mises au point notamment pour qu'il soit plus facile de rendre les personnes chargées de la passation comptables des décisions qu'elles prennent.)

2. Participation et concurrence

23. La Loi type exige que la principale méthode de passation soit l'appel d'offres ouvert – largement considéré comme la méthode la plus efficace pour promouvoir ses objectifs –, ce qui s'explique essentiellement par le fait que la passation est "ouverte" à tous les fournisseurs potentiels et que ses conditions sont déterminées et publiées à l'avance, de sorte que les fournisseurs sont incités à participer et à se faire concurrence pour vendre à l'État.

24. Une participation à la fois nationale et internationale est indispensable pour assurer la concurrence. Aussi la participation internationale est-elle la règle par défaut dans la Loi type. Les rares cas dans lesquels elle peut être (directement ou indirectement) limitée sont énoncés aux articles [8] à [11] de la Loi type, comme il est expliqué plus en détail dans la section [II.F] ci-dessous. Lorsqu'ils appliqueront ces dispositions dans leur législation nationale, les États adoptants devront tenir compte de toute obligation commerciale internationale concernant la participation internationale à la passation de leurs marchés.

25. Le commentaire relatif à la section II du chapitre II de la Loi type explique la règle de la sollicitation ouverte qui s'applique par défaut pour les méthodes de passation autres que celles qui prévoient ou permettent le recours à la sollicitation directe (passation qui n'est pas "ouverte" au sens susmentionné).

26. Enfin, certaines règles imposent un minimum de participants dans les passations où ces derniers risquent autrement d'être en nombre insuffisant, de sorte notamment que la concurrence reste un aspect important indépendamment du fait que la passation soit "ouverte" ou non (voir, par exemple, les dispositions relatives à la demande de propositions avec dialogue, article [48]).

27. Les États adoptants voudront peut-être prendre des mesures pour accroître la participation des petites, moyennes et microentreprises (PMME) dans la passation des marchés nationaux. [À compléter lorsque la section sur les commentaires article par article sera terminée – afin d'éviter toute répétition.]

28. Si les fournisseurs potentiels sont nombreux pour certaines passations, l'acquisition de biens et de services plus importants et plus complexes se fera normalement sur un marché de fournisseurs plus concentré. Les États adoptants voudront peut-être contrôler l'ampleur de la concurrence réelle dans la passation des marchés publics et prendre des mesures pour éviter la collusion et/ou la création d'oligopoles dans le cas des achats récurrents ou des achats à long terme sur des marchés où le nombre de fournisseurs potentiels est faible. Les risques encourus peuvent s'accentuer lorsque les achats publics ont pour effet de concentrer davantage ces marchés.

3. Traitement juste et équitable

29. Le concept de traitement juste et équitable des fournisseurs dans la Loi type repose sur la non-discrimination et l'objectivité lors de la prise des décisions en matière de passation qui concernent les fournisseurs. La Loi type prévoit plusieurs dispositions pour appliquer ces principes. Premièrement, à moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État, l'entité adjudicatrice n'impose aucune "condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs

à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs" (article [8-2]). Deuxièmement, sous réserve des dispositions de l'article [8], l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable (article [9-6]). Troisièmement, l'article [10-2] concernant la description de l'objet du marché prévoit que l'entité adjudicatrice, toujours sous réserve des dispositions de l'article [8], ne peut établir une description susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité. Un autre aspect du traitement juste et équitable se traduit par l'exigence, posée à l'article [10], d'une description objective, claire et complète. Avec les garanties énoncées à l'article [11] sur les critères d'évaluation, cette exigence vise à garantir que les fournisseurs se font concurrence sur un pied d'égalité. (Voir également le commentaire relatif à l'article [7] sur les règles de communication, qui visent à prévenir toute exclusion discriminatoire des fournisseurs; l'article [9] qui établit des règles sur les qualifications et prévoit en particulier que les fournisseurs ne peuvent être disqualifiés que pour des motifs prédéfinis; les articles [10 et 11] qui régissent les critères d'examen et d'évaluation et prévoient en particulier que les soumissions doivent être examinées et évaluées selon des critères publiés à l'avance; et l'article [39] concernant la présentation des offres, en particulier la non-acceptation des offres reçues après la date limite.)

30. Le principe de l'égalité de traitement qui sous-tend les accords de libre-échange signifie normalement que les fournisseurs de tous les États participants sont traités de manière égale; le principe du traitement juste et équitable dans la Loi type est plus nuancé dans la mesure où il reconnaît qu'un traitement strictement égal peut avoir des effets discriminatoires (par exemple, si les mêmes délais sont appliqués aux fournisseurs communiquant sur papier et à ceux utilisant la voie électronique). La Loi type et les régimes de libre-échange partent néanmoins du principe que l'ouverture de la passation des marchés nationaux à la concurrence internationale présente des avantages et que les obligations entre États découlant de ces accords devraient donc être réciproques.

4. Intégrité

31. Dans la passation des marchés, l'intégrité englobe la prévention de la corruption et des abus et l'idée selon laquelle le personnel chargé de la passation agit de manière éthique et juste, en évitant notamment les conflits d'intérêts.

32. Les États adoptants peuvent établir des règles de conduite générales pour les fonctionnaires dans d'autres lois et réglementations nationales. Comme la Convention contre la corruption exige que les systèmes de passation des marchés abordent la question des conflits d'intérêts des personnels chargés de la passation des marchés, l'article [25] de la Loi type souligne qu'il est nécessaire d'adopter pour ces personnels un code de conduite qui traite des conflits d'intérêts et d'autres questions pertinentes. Les États adoptants, conformément à leur législation nationale, voudront peut-être adopter des dispositions supplémentaires concernant

l'intégrité et la prévention de la corruption, ou inclure des renvois à d'autres lois portant sur ces questions.

5. Transparence

33. Dans la passation de marchés, la transparence comprend cinq éléments principaux: la divulgation des règles qui s'appliquent au processus de passation; la publication des possibilités de marchés; la définition et la publication préalables de l'objet du marché et des modalités d'examen des offres; la conduite visible de la procédure de passation conformément aux règles et procédures prévues; et l'existence d'un système permettant de contrôler l'application de ces règles (et d'obliger si nécessaire les responsables de la passation à les appliquer). La transparence est considérée comme un élément clef d'un système de passation conçu notamment pour limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de la passation et prévenir ainsi les abus et la corruption. Elle contribue donc dans une large mesure à l'intégrité du système de passation et à la confiance du public dans son fonctionnement et facilite la responsabilisation des personnes impliquées dans le processus de passation.

34. Des mesures en faveur de la transparence se retrouvent dans l'ensemble de la Loi type. Elles prévoient notamment la publication rapide de tous les textes juridiques qui régissent la passation des marchés (article [5]), la définition des critères d'évaluation dès le début de la procédure de passation d'un marché et leur publication dans le dossier de sollicitation (article [11]), la publication de la date limite de présentation des soumissions (article [14]), la communication à tous les participants de toute information supplémentaire importante fournie à l'un d'eux pendant la passation (article [15]), la publication des avis d'attribution de marché (article [22]), la publication à grande échelle d'invitations à participer et des conditions de participation (articles [32 et 34]), notamment dans la langue appropriée (article [13]) et, dans les procédures d'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des fournisseurs ou entrepreneurs qui les soumettent (article [41]). La Loi type prévoit en outre que certaines informations concernant la conduite d'une passation particulière doivent être rendues publiques après attribution du marché et que les participants ont le droit de recevoir des informations supplémentaires, et elle exige que toutes ces informations figurent dans le procès-verbal de la procédure (article [24]). Elle contient également des règles sur les méthodes non discriminatoires de communication (article [7]), indique les conditions d'entrée en vigueur d'un marché (article [21]) et autorise, dans son chapitre VIII, les recours en cas de non-respect allégué de ces dispositions.

35. Les dispositions du texte ont toutefois été formulées de manière à laisser un certain pouvoir discrétionnaire lorsque cela est approprié et nécessaire. Compte tenu des différents stades de développement et de maturité des systèmes de passation des marchés dans les États adoptants, le présent Guide examine les caractéristiques de certaines méthodes de passation qui visent à accorder un pouvoir discrétionnaire plus ou moins grand, ainsi que les moyens et l'infrastructure nécessaires à leur bonne application, afin de permettre aux États adoptants de décider si chacune de ces méthodes est adaptée ou non à leur situation. Certaines étapes importantes du processus de passation qui visent à créer des obligations juridiques à l'égard des fournisseurs sont régies par des règles limitant ce pouvoir (notamment en ce qui concerne le choix de la méthode de passation, qui est examiné en détail dans la

section […] ci-dessous). D'autres étapes exigent un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large, notamment la définition des critères d'évaluation, qui peuvent être élaborés de manière très souple afin de privilégier le prix par rapport à la qualité ou inversement. Le pouvoir discrétionnaire accordé par la Loi type suppose un équilibre qui permet à l'entité adjudicatrice d'identifier l'objet du marché et la meilleure méthode de passation, mais l'oblige ensuite à suivre les règles et procédures prévues lorsqu'elle applique ses décisions (ainsi, les critères d'évaluation et leurs éléments constitutifs doivent être publiés préalablement et doivent ensuite être respectés). La transparence est donc un outil qui permet de contrôler et d'évaluer l'exercice du pouvoir discrétionnaire (et si nécessaire de le contester).

B. Champ d'application de la Loi type

1. Application à tous les marchés publics

36. La Loi type est applicable à tous les marchés publics passés dans l'État adoptant: le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de la Loi type est de lui conférer l'application la plus large possible. L'article [premier] prévoit donc qu'elle s'applique à toutes les passations de marchés publics dans l'État adoptant. Le texte propose plusieurs options pour la définition du terme "entité adjudicatrice", en fonction de l'étendue du secteur public des États (voir également le commentaire se rapportant aux dispositions pertinentes de l'article [2]).

37. La Loi type ne fixe pas, pour les mêmes raisons, de seuil général en dessous duquel ses dispositions ne s'appliquent pas. La Commission n'ignore pas que le coût de mise en œuvre de toutes les dispositions de la Loi type peut dépasser les avantages qu'offrent ces dernières dans la passation de certains marchés de faible valeur. Elle propose donc plusieurs options aux entités adjudicatrices dans ces cas. Tout d'abord, la procédure de demande de prix à l'article [45], méthode simple et rapide surtout si elle est appliquée par voie électronique, peut être utilisée lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil fixé par l'État adoptant; les enchères et les accords-cadres, qui font l'objet des chapitres VI et VII respectivement, peuvent aussi servir à réduire le coût des opérations et sont donc utiles pour les marchés de faible valeur. Ensuite, pour les marchés dont le prix est inférieur [au même seuil], l'entité peut renoncer à appliquer le délai d'attente prévu à l'article [21-2] et à publier chaque avis d'attribution de marché comme le prévoit l'article [22-2], à condition qu'un avis concernant tous les marchés dont le prix est inférieur au seuil soit publié au moins une fois par an. Certaines règles de publicité détaillées concernant les langues et les monnaies sont facultatives pour ce type de marché (voir, par exemple, articles [13-1 et 32-4]).

2. Marchés de la défense et marchés sensibles

38. Les marchés de la défense représentent un secteur important de la passation des marchés nationaux dans de nombreux États adoptants. Ils ont toujours été totalement exclus de la législation sur la passation des marchés et de ses règles d'application (ainsi que de la Loi type de 1994). Le présent texte fait entrer la défense et la sécurité nationales, lorsqu'il y a lieu, dans le champ d'application général de la Loi type, afin de promouvoir l'application de règles juridiques

harmonisées à tous les secteurs dans les États adoptants et de sorte que toutes les passations de marchés tirent parti des dispositions de la Loi type. Il est cependant admis que les obligations étendues imposées par la Loi type en matière de transparence risquent de ne pas être compatibles avec toutes les passations de marchés dans le domaine de la défense: certains marchés passés dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationale exigeront des modifications appropriées pour tenir compte des informations sensibles ou confidentielles.

39. La Loi type permet de telles modifications, toutefois, non pas parce que les marchés concernent le secteur de la défense mais parce qu'ils mettent en jeu des informations classifiées si bien qu'ils méritent l'appellation de "marchés sensibles". Les États adoptants remarqueront que les modifications sont autorisées au cas par cas pour éviter toute exclusion générale qu'elle soit intentionnelle ou involontaire. Les "informations classifiées" sont des informations désignées comme telles par un État adoptant dans la loi nationale applicable et sont définies dans de nombreux États comme des informations dont l'accès est limité par la législation ou la réglementation à certaines catégories de personnes. Ce terme, et partant la souplesse conférée en ce qui concerne les "informations classifiées", visent non seulement la passation dans les secteurs où ces informations sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également la passation dans tout autre secteur où la loi peut autoriser la non-divulgation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé. Il importe de noter que les dispositions ne donnent pas à l'entité adjudicatrice la liberté d'élargir la définition du terme: une telle liberté serait source d'abus. Les questions relevant du traitement des "informations classifiées" sont généralement régies par des textes de loi et donc étroitement examinées par le législateur.

40. Les entités adjudicatrices sont autorisées à prendre des mesures spéciales et à imposer des exigences particulières pour protéger des informations classifiées, ainsi qu'à ne pas appliquer l'obligation d'information du public, uniquement dans les limites fixées par les règlements en matières de passation des marchés ou par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant. Selon l'article [7] de la Loi type, lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, elle est tenue de préciser si des mesures et prescriptions sont nécessaires pour protéger ces informations au niveau requis et, dans ce cas, quelles sont ces mesures et prescriptions. Si elle décide d'imposer de telles mesures et prescriptions, elle doit motiver sa décision dans le procès-verbal de la procédure de passation: ces dispositions visent à assurer que les implications potentielles des exceptions sont examinées comme il se doit et que l'entité adjudicatrice (qui détermine s'il existe des motifs suffisants pour lever les obligations normales de transparence) peut expliquer et justifier ses actes.

41. En application du principe général décrit aux paragraphes 11 à 14 ci-dessus, les dispositions de la Loi type qui autorisent des exceptions aux mécanismes de transparence pour la protection des intérêts essentiels de la sécurité, par exemple dans la passation des marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou des marchés indispensables à la sécurité nationale ou destinés à la défense nationale, sont souples et permettent aux États de s'acquitter de leurs obligations internationales en la matière.

42. La passation des marchés de la défense soulève d'autres questions particulièrement importantes, comme la complexité de certains marchés et la nécessité d'assurer la sécurité des informations et de l'approvisionnement. Les dispositions de la Loi type, en particulier les chapitres V et VII, permettent de prendre en compte ces besoins (y compris la protection appropriée des informations classifiées lorsqu'elle est nécessaire).

[3. Obligations internationales

43. Il importe également de noter que l'article [3] consacre le respect des obligations internationales de l'État adoptant au niveau intergouvernemental. Il prévoit que ces obligations internationales (par exemple, accords de prêt ou de subvention conclus avec des organismes d'aide multilatérale ou bilatérale et fixant des conditions de procédure précises pour les fonds qui ont été avancés; directives de groupements régionaux d'intégration économique relatives à la passation des marchés) l'emportent sur la Loi type en cas de conflit.]

4. Planification et administration des marchés

44. La Loi type indique les procédures essentielles de sélection des fournisseurs et entrepreneurs pour un marché donné, qui sont conformes aux objectifs décrits plus haut aux paragraphes 18 à 35, et prévoit un mécanisme de recours efficace en cas de non-respect des règles ou procédures. Elle ne traite pas de la phase de planification, ni de celle d'exécution des marchés. Ses dispositions n'abordent donc pas des questions comme la budgétisation, l'évaluation des besoins, les études de marché et les consultations, l'administration des marchés, le règlement des litiges liés à l'exécution ou la résiliation des marchés.

45. La Commission reconnaît néanmoins l'importance de ces étapes du processus de passation pour le bon fonctionnement du système de passation dans son ensemble. L'État adoptant devra veiller à mettre en place des lois et des structures adéquates pour gérer ces étapes, faute de quoi les buts et objectifs de la Loi type risquent de ne pas être atteints.

46. En ce qui concerne la planification des marchés, les règles internationales et régionales de la passation encouragent désormais la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et il arrive que certains États adoptants exigent dans leur droit administratif que ces informations soient publiées. D'autres systèmes abrègent les délais de publicité et de notification concernant une passation lorsque ces informations ont déjà été publiées. Cette pratique présente généralement l'avantage d'améliorer la gestion, la gouvernance et la transparence dans la passation des marchés. Plus concrètement, elle encourage la planification des marchés et renforce la discipline dans les procédures de passation et peut réduire les cas, par exemple, de recours injustifié à des méthodes de passation destinées aux situations d'urgence (si l'urgence est due à un manque de planification) et de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes. Cette pratique peut également être avantageuse pour les fournisseurs et entrepreneurs en leur permettant de définir les besoins, de planifier l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs.

47. [La Loi type n'exige pas la publication de telles informations – ses dispositions à l'article [6] ne font que l'autoriser. La souplesse s'impose sur ce point car les informations et les besoins peuvent changer en fonction des circonstances; il se peut non seulement que l'entité adjudicatrice perde du temps et de l'argent mais également que les fournisseurs ou entrepreneurs engagent des dépenses inutiles. La diffusion d'informations nombreuses, inutiles ou trompeuses, plutôt que d'informations soigneusement planifiées, utiles et pertinentes, risque d'aller à l'encontre du but recherché. De même, la publication des projets de marchés pour les mois à venir est encouragée, mais avec les mêmes réserves. Le commentaire relatif à l'article [6] explique plus en détail l'approche de la Loi type.]

48. La phase d'administration du marché, si elle est mal conduite, peut nuire à l'intégrité du processus de passation et compromettre les objectifs de la Loi type que sont le traitement équitable, la concurrence et la prévention de la corruption, par exemple si des modifications du marché augmentent considérablement le prix final, si une qualité inférieure est acceptée, si les retards de paiement sont habituels et si des litiges interrompent l'exécution du marché. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2000)[9] contient des propositions détaillées pour l'administration des marchés complexes comportant un financement privé: nombre des commentaires faits dans cet instrument valent également pour l'administration de tous les marchés, en particulier pour les projets complexes. Le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987)[10] traite des dispositions spécifiques à ces contrats[11].

C. Approche générale de la Loi type

49. La Loi type énonce des règles générales pour le bon fonctionnement du système de passation des marchés et prévoit des procédures pour chaque passation. Ayant vocation à s'appliquer à toutes les régions, le texte se veut souple et non prescriptif. Les États peuvent l'adapter à leur propre situation, par exemple en définissant l'étendue des marchés du secteur public, sans porter atteinte aux principes et procédures essentiels de la Loi type.

50. La Loi type prévoit des dispositions qui visent à la fois à laisser une certaine marge d'appréciation commerciale au responsable de la passation (pour lui permettre d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix) et à encadrer ou limiter l'usage de cette marge d'appréciation (grâce à la transparence et à des règles de conduite de la passation) afin d'éviter les mauvaises décisions et les décisions entachées de corruption.

51. On peut résumer comme suit les règles générales de la Loi type sur le système de passation:

---

[9] Disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html (page consultée en janvier 2011).

[10] Ibid.

[11] Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il faut examiner plus avant la question de la planification et de l'administration des marchés, auquel cas il pourrait fournir au Secrétariat des orientations sur les paramètres d'un tel examen.

a) La loi applicable, les règlements en matière de passation des marchés et d'autres informations pertinentes doivent être publiés (article [5]);

b) Chaque procédure de passation doit être annoncée à l'avance par voie de publication (comportant les informations pertinentes) (articles [32 à 34]) et des avis d'attribution des marchés doivent ensuite être publiés (article [22]);

c) L'objet du marché doit être décrit suivant les modalités prévues à l'article [10] (autrement dit de manière objective et généralement sans référence à une marque particulière, afin que les soumissions puissent être établies et comparées sur une base commune et objective);

d) Les procédures de qualification et les critères pouvant être utilisés pour déterminer quels fournisseurs seront admis à participer sont indiqués dans la loi, et les critères particuliers qui permettront de déterminer si les fournisseurs sont qualifiés ou non pour une procédure de passation particulière doivent être communiqués à tous les fournisseurs potentiels (articles [9 et 17]);

e) L'appel d'offres ouvert est la méthode de passation recommandée et l'entité adjudicatrice est tenue de justifier objectivement le recours à une autre méthode (article [27]). La loi doit fixer les conditions particulières d'utilisation de chaque méthode (articles [28 à 30]);

f) Des règles standard pour la conduite de chaque procédure de passation sont prescrites par la loi (chapitres III à VII);

g) La forme et les modalités de communication avec les fournisseurs ne doivent pas empêcher l'accès à la passation (article [7]);

h) Un délai d'attente doit être respecté entre le moment où le fournisseur à retenir est identifié et celui où le marché est attribué pour que toute violation des dispositions de la Loi type puisse être traitée avant l'entrée en vigueur du marché (article [21-2]); et

i) Des procédures de contestation et d'appel doivent être prévues en cas de violation des règles ou procédures (chapitre VIII).

52. Pour chaque procédure de passation, l'entité adjudicatrice est tenue:

a) De définir et communiquer aux fournisseurs potentiels toutes les informations utiles pour la passation au début de la procédure conformément aux règles établies par la Loi type (articles [36, 38, 46, 48, 52 et 57 à 60], par exemple). Ces informations portent notamment sur les procédures pour chaque méthode de passation et les critères et procédures d'attribution du marché;

b) De recourir à des procédures ouvertes et pleinement concurrentielles sauf s'il existe des motifs d'utiliser d'autres procédures (chapitre II, sections I et II);

c) De suivre les mesures prescrites pour chaque procédure de passation (chapitres III à VII); et

d) De publier un avis d'attribution du marché (article [22]).

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant les sections et sous-sections suivantes de la première partie (Remarques générales) d'un projet de guide révisé pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: II. Caractéristiques principales de la Loi type ("Une loi 'cadre' qui doit être complétée par un règlement en matière de passation des marchés et appuyée par une infrastructure appropriée", "Passation de marchés en ligne" et "Dispositions relatives à la participation internationale à la procédure de passation de marchés et à l'utilisation de systèmes de passation pour atteindre d'autres objectifs de politique gouvernementale").

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Première partie. Remarques générales

...

II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

(*suite*)

D. Une loi "cadre" qui doit être complétée par un règlement en matière de passation des marchés et appuyée par une infrastructure appropriée

1. Cadre législatif

53. La Loi type vise à énoncer tous les principes et procédures essentiels à l'organisation des procédures de passation des marchés dans les divers types de circonstances que pourront rencontrer les entités adjudicatrices. Toutefois, il s'agit d'une loi-cadre n'énonçant pas toutes les règles qu'il faudra sans doute adopter pour mettre ces procédures en œuvre dans un État.

54. En conséquence, la Loi type suppose, dans un premier temps, l'adoption par les États d'une réglementation complétant le cadre législatif du système de passation des marchés, précisant dans le détail les procédures à suivre pour l'application des méthodes autorisées par la Loi type, compte tenu de la situation particulière de chaque État et du fait que celle-ci est susceptible d'évoluer (par

exemple en ce qui concerne la valeur réelle des seuils de demande de prix, par exemple, et la prise en compte des progrès techniques). Naturellement, il convient de veiller à ce que les règlements découlant de la Loi type n'aillent pas à l'encontre de ses objectifs et procédures. En ce qui concerne le reste de l'infrastructure juridique, les procédures de passation de marchés visées par la Loi type soulèvent des points de procédure qui seront traitées dans les règlements en matière de passation des marchés mais les réponses à d'autres questions juridiques se trouveront probablement dans d'autres branches du droit (droit administratif, droit des contrats, droit pénal et règles de procédure judiciaire). Les entités adjudicatrices peuvent devoir prendre en compte et appliquer la législation sur l'emploi et l'égalité, les exigences en matière d'environnement et d'autres dispositions. Les États adoptants deviendront plus efficaces en matière de passation de marchés à mesure que les nombreuses dispositions applicables sont clairement diffusées et bien comprises, y compris en ce qui concerne leur interaction avec le droit y relatif.

2. Mise en œuvre des dispositions législatives

55. Le cadre législatif de la passation de marchés doit s'inscrire dans un système de passation cohérent. Dans un deuxième temps, il s'agit, pour appuyer la réforme du droit, de veiller à sa mise en œuvre effective et à son efficacité opérationnelle. L'utilisation de notes explicatives, de manuels, de formulaires standard et d'exemples de documents s'est avérée être un outil efficace dans la pratique. Les organisations internationales et régionales et d'autres entités participent activement à la réforme de la passation des marchés et on trouve sur leurs sites Web des ressources sur les pratiques optimales et d'autres orientations.

56. La section ci-après décrit l'infrastructure institutionnelle, administrative et juridique ainsi que les capacités nécessaires pour appuyer le cadre législatif afin d'atteindre les objectifs généraux du système de passation des marchés, de sorte qu'il satisfasse aux exigences de la Convention contre la corruption, dont certaines ne sont généralement pas reflétées de manière optimale dans la législation.

3. Structures institutionnelles et administratives et ressources adéquates

57. En troisième lieu, la Loi type part du principe que l'État adoptant dispose ou disposera des structures institutionnelles et administratives appropriées et du personnel nécessaire pour gérer et administrer les procédures de passation de marchés qui y sont décrites. Au niveau administratif, il importe que la passation des marchés aille de pair avec une bonne gestion des finances publiques (point figurant également dans la Convention contre la corruption). Les exigences et procédures en matière d'établissement des budgets pouvant se trouver dans diverses sources, les États adoptants veilleront à ce que les entités adjudicatrices sachent quelles sont leurs obligations en la matière, notamment si des crédits doivent être ouverts pour qu'une procédure de passation de marché puisse commencer et si ces obligations font par définition partie du système de passation des marchés.

58. Au niveau institutionnel, l'État adoptant jugera peut-être souhaitable de créer un organisme public de passation de marché ou une autre autorité qui aidera à l'application des règles, politiques et pratiques de passation de marchés auxquelles s'applique la Loi type. Les fonctions d'une telle autorité pourraient par exemple être les suivantes:

a) *Veiller à l'application effective de la législation et de la réglementation en matière de passation des marchés*. Il peut s'agir de la question des règlements en matière de passation des marchés, du code de conduite visé à l'article [25] de la Loi type, du contrôle de l'application de la législation et de la réglementation en matière de passation des marchés, de la formulation de recommandations pour leur amélioration et de leur interprétation.

b) *Rationalisation et normalisation de la passation des marchés et des pratiques en la matière*. Il peut s'agir de coordonner la passation de marchés par les entités adjudicatrices et d'élaborer des documents normalisés, le cas échéant, et des spécifications et conditions contractuelles normalisées. Cette fonction peut être particulièrement productive lorsque l'État adoptant cherche à renforcer la participation des micro, petites et moyennes entreprises au processus de passation des marchés, l'obstacle à leur participation étant de taille lorsque les procédures sont méconnues, imprécises ou longues et complexes.

c) *Contrôle de la passation des marchés et du fonctionnement de la législation et de la réglementation en la matière du point de vue des grandes orientations politiques nationales*. Il peut s'agir d'examiner l'incidence de la passation de marchés sur l'économie nationale (notamment de contrôler la concentration de certains marchés et les risques pour la concurrence), d'analyser les coûts et avantages de la poursuite d'objectifs socioéconomiques au moyen de la passation des marchés, d'émettre un avis concernant les effets de certains marchés sur les prix et d'autres facteurs économiques [et de vérifier qu'un marché donné cadre avec les programmes et politiques du gouvernement].

d) *Aider et conseiller les entités adjudicatrices et les responsables de la passation des marchés*. Les responsables de la passation des marchés peuvent avoir besoin d'indications pour préparer les documents internes utilisés par l'entité adjudicatrice et interpréter certains points du droit et de la réglementation. Il se peut que des juristes conseillent déjà le gouvernement ou l'entité adjudicatrice mais si ce n'est pas le cas, les responsables de la passation des marchés voudront peut-être recevoir des orientations afin de savoir si les décisions qu'ils envisagent (par exemple le recours à une autre méthode de passation ou à la sollicitation directe) sont conformes au cadre législatif.

e) *Formation des responsables de la passation des marchés*. L'organisme ou autre autorité peut également être chargée de la formation des responsables de la passation des marchés et des autres fonctionnaires intervenant dans l'administration du système de passation des marchés. Cette fonction sera particulièrement importante i) si l'État adoptant a inclus dans sa législation des méthodes de passation des marchés supposant un degré élevé de professionnalisme, en particulier aux niveaux les plus élevés des entités adjudicatrices, où sont prises les décisions cruciales. Il existe au niveau international divers organes spécialisés dans la certification et la formation de responsables de la passation des marchés. Des informations à ce sujet sont accessibles au moyen de liens se trouvant sur le site de la CNUDCI (www.uncitral.org); et ii) si l'État adoptant cherche à accroître la participation des micro, petites et moyennes entreprises à la passation des marchés.

f) *Exigence d'approbation*. L'organisme ou autre autorité peut également dans certains cas être chargé de donner son approbation avant l'ouverture de la procédure de passation ou avant l'attribution du marché si l'État adoptant prévoit

une telle fonction d'approbation (voir également les paragraphes 66 à 68 ci-après). Si cette possibilité existe, l'État adoptant voudra peut-être envisager de faire preuve de souplesse en ce qui concerne les seuils de renvoi (afin qu'aucun dossier ne soit renvoyé s'il ne doit pas l'être mais que ceux qui doivent l'être puissent l'être), de recourir à une fonction d'orientation comme une alternative à la fonction d'approbation (afin d'assurer la responsabilité effective dans la prise de décision et d'éviter de nuire au développement des capacités), de définir la structure de l'organisme et de prévoir les ressources nécessaires.

g) *Certification*. Dans certains cas, tels que les marchés complexes ou portant sur des sommes importantes, l'organisme pourrait aussi être habilité à s'assurer que la procédure de passation est conforme à la Loi type et aux règlements en matière de passation des marchés avant que le marché ne soit attribué ou n'entre en vigueur.

59. Dans les cas où les entités adjudicatrices sont indépendantes de la structure gouvernementale ou administrative de l'État, telles que certaines entreprises commerciales appartenant à l'État, les États jugeront peut-être préférable que la fonction d'approbation, de certification ou d'orientation soit exercée par un organisme ou une autorité faisant partie de l'appareil administratif ou gouvernemental afin de veiller à ce qu'il soit dûment donné effet aux politiques nationales que vise à promouvoir la Loi type. Surtout, en ce qui concerne les fonctions d'approbation, il faut que l'organisme ou l'autorité puisse exercer ses fonctions de manière impartiale et efficace et soit suffisamment indépendant des personnes ou services intervenant dans la procédure de passation de marché. Il est peut-être préférable que ces fonctions soient exercées par un comité et non par une seule personne, afin d'éviter tout risque d'abus de pouvoir.

4. Contrôle et exécution

60. Une autre question est celle du contrôle et de l'exécution des décisions relatives à la passation de marchés. Une fonction de contrôle ne peut être efficace que dans la mesure où elle est exercée par une entité indépendante de celle qui prend la décision, c'est-à-dire l'entité adjudicatrice (voir aux paragraphes 66 à 68 ci-après les considérations sur l'organe de tutelle). Dans les systèmes où l'autorité ou organisme public chargé de la passation de marchés exerce des pouvoirs de décision, le contrôle pourrait être assuré par un organe national de vérification.

61. Pour ce qui est de faire respecter les dispositions de la législation fondées sur la Loi type, l'État adoptant saura que le chapitre VIII de la Loi type exige une fonction de recours indépendant (administratif ou judiciaire). Les organes de recours administratif ne seront pas considérés comme indépendants et s'exposeront à des conflits d'intérêts s'ils font partie d'un organisme ou d'une autorité qui peut aider ou conseiller les responsables de la passation des marchés ou les entités adjudicatrices, ou exercer un pouvoir de décision. Même si dans certains systèmes cette fonction de recours est exercée par un organe subsidiaire de l'autorité ou organisme chargé des marchés publics doté des pouvoirs généraux décrits ci-dessus, on considère généralement qu'il n'est pas souhaitable de soumettre la fonction de recours à ce qui sera considéré comme un contrôle politique de fait de la part de cet organisme ou de cette autorité. Enfin, une fonction de conseil sera compromise si les responsables de la passation des marchés hésitent à y recourir de peur qu'une

mesure d'exécution soit prise sur la base des informations qu'ils fournissent lorsqu'ils demandent conseil.

5. Structure des autorités ou organismes de la passation des marchés publics

62. La nature des organismes ou autorités exerçant des fonctions d'administration, de contrôle ou de recours dans l'État adoptant et les fonctions précises qu'ils exerceront dépendront notamment de ses systèmes gouvernemental, administratif et juridique, qui varient considérablement d'un pays à l'autre. Le système de contrôle administratif de la passation de marchés devrait être conçu dans un souci d'efficacité et d'économie. Tout système trop coûteux, demandant trop de travail à l'entité adjudicatrice ou aux participants à la procédure de passation ou entraînant des retards injustifiés, sera contre-productif. En outre, un contrôle excessif des décisions prises par les responsables de la procédure de passation de marchés pourrait dans certains cas les empêcher de travailler efficacement. Les États adoptants considèreront peut-être qu'en investissant afin que les entités adjudicatrices aient suffisamment de moyens et que les responsables de la passation de marchés soient suffisamment formés et équipés, ils contribueront au bon fonctionnement du système et à la maîtrise des coûts du contrôle administratif.

63. L'organisme ou autorité des marchés publics peut aussi être en relation avec des autorités de réglementation compétentes dans des domaines pertinents, telles que celles qui s'occupent de la concurrence. Celles-ci pourraient veiller à prévenir la collusion, le trucage des offres ou la concentration dans la passation de marchés publics. Les États adoptants voudront peut-être aussi se poser la question de savoir si l'autorité en matière de concurrence et de passation de marchés serait exercée plus efficacement par un ou plusieurs organes.

64. L'expérience montre également qu'il peut y avoir un risque d'abus de pouvoir de la part d'un organisme ou d'une autorité de passation de marchés s'il n'y a pas suffisamment de contrôles pour que ses membres aient l'indépendance voulue par rapport aux décideurs du gouvernement et des entités adjudicatrices.

65. Il convient de noter qu'en adoptant la Loi type un État ne s'engage pas à mettre sur pied une structure administrative particulière ni à augmenter les dépenses du secteur public.

6. Considérations spécifiques concernant l'exigence d'une approbation préalable pour le recours à des procédures exceptionnelles

66. La Loi type prévoit que certaines mesures et décisions importantes de l'entité adjudicatrice, en particulier celles portant sur le recours à certaines méthodes de passation et l'entrée en vigueur du marché, peuvent être soumises à une approbation extérieure préalable. Un tel système d'approbation préalable présente l'avantage de favoriser la détection d'erreurs et de problèmes avant que certaines mesures et décisions définitives ne soient prises. Il peut en outre contribuer à l'uniformisation du système national de passation de marchés.

67. L'exigence d'une approbation préalable est présentée dans la Loi type comme une possibilité car le système n'est pas en usage dans tous les pays et son utilisation est en déclin. Une autre méthode consiste à contrôler les pratiques de passation des marchés en procédant principalement par vérification après coup. À cet égard, l'exigence de l'approbation extérieure peut être particulièrement inadaptée dans

certaines circonstances, notamment en cas de recours à l'appel d'offres en deux étapes, étant donné que l'utilisation de cette méthode de passation est soumise à des conditions précises (voir [renvoi à l'observation concernant l'article pertinent]), et dans certains cas de sollicitation d'une source unique, notamment dans les situations urgentes.

68. S'il décide d'opter pour une exigence d'approbation, l'État adoptant désignera le ou les organismes chargés de délivrer les diverses approbations et de définir les pouvoirs conférés à cet égard. Une fonction d'approbation peut être confiée à un organe ou une autorité totalement indépendants de l'entité adjudicatrice (par exemple le ministère des finances ou du commerce ou une autorité des marchés publics) ou à un organe de contrôle distinct appartenant à l'entité adjudicatrice elle-même. (Voir les autres considérations soulevées au paragraphe 59 ci-dessus, qui sont également pertinentes dans ce contexte.)

E. Passation de marchés en ligne

1. Contexte

69. La passation de marchés en ligne englobe (entre autres) la présentation de soumissions par voie électronique et l'utilisation des nouvelles méthodes de passation de marchés rendues possibles par Internet (enchères électroniques inversées, catalogues électroniques et accords-cadres électroniques), la publication sur Internet d'informations relatives aux marchés et l'utilisation de systèmes électroniques tout au long du processus de passation (pour la communication et l'échange d'informations).

70. Des termes tels que "documents", "communication écrite" ou "preuve documentaire" désignent de plus en plus souvent l'ensemble des documents (électroniques ou sur papier) dans les pays où le gouvernement et le commerce électroniques sont d'usage courant mais en ce qui concerne les autres pays, on peut partir du principe qu'il s'agit de documents papier. C'est pourquoi la Loi type contient désormais des dispositions visant à assurer que tous les moyens de communication, de transmission et de conservation de l'information puissent être utilisés dans une passation régie par une loi fondée sur ce texte.

71. Lorsque la Commission a publié la Loi type révisée, les transferts électroniques d'information se faisaient généralement à l'aide d'Internet et de systèmes apparentés. Toutefois, vu la rapidité des progrès techniques, la Commission a supposé que de nouvelles technologies feraient leur apparition. Pour des raisons de commodité, le terme "passation de marchés en ligne" désigne dans le présent Guide le recours aux communications électroniques et la présentation de soumissions par voie électronique, supposant le transfert d'informations par des moyens électroniques ou similaires. Les principes énoncés s'appliquent de manière générale à toutes les nouvelles technologies de l'information qui peuvent être utilisées pour transférer des informations ou des documents et conduire des procédures de passation.

2. Avantages de la passation de marchés en ligne

72. Les avantages potentiels de la passation de marchés en ligne pour ce qui est de réaliser les objectifs de la Loi type sont largement reconnus: gain d'efficacité administrative en termes de temps et de coûts (réduction des coûts de consommation de papier et du temps d'envoi par rapport à celui d'un document papier) et possibilité de normaliser des achats répétés. L'utilisation des technologies de l'information pour la publication des possibilités de marchés et des règles et procédures de passation renforce la transparence et l'accès au marché, facilitant la participation au processus de passation et favorisant la concurrence. De même, non seulement l'utilisation de ces technologies permettant aux fournisseurs de se porter candidats, de participer à la procédure, d'échanger des informations et de soumettre une offre en ligne est efficace sur le plan administratif, elle permet en outre d'ouvrir le marché à des entrants éloignés qui, autrement, pourraient ne pas participer. Non seulement les processus automatiques, sources d'uniformité et de standardisation, sont efficaces sur le plan administratif, mais aussi les systèmes électroniques favorisent la prise de mesures à l'appui de l'intégrité en réduisant l'intervention humaine dans le cycle de passation et les contacts personnels entre responsables de la passation et fournisseurs, qui constituent autant d'occasions de corruption.

73. Même si ces avantages peuvent être considérables, les États adoptants voudront peut-être veiller à ce que la passation de marchés en ligne soit mise en œuvre de manière à ne pas restreindre l'accès au marché, en général ou en ce qui concerne certains fournisseurs tels que les micro, petites et moyennes entreprises. Les garanties prévues dans la Loi type sont examinées plus particulièrement aux paragraphes [85 à 90] ci-après. (Les questions touchant la participation des micro, petites et moyennes entreprises en général sont examinées aux [ajouter la référence qui convient].)

3. Approche de la Loi type concernant la passation de marchés en ligne

74. L'approche générale de la Loi type concernant l'introduction de la passation de marchés en ligne repose sur trois principes clefs. Premièrement, compte tenu des avantages potentiels de ce type de passation, la Loi type devrait encourager son utilisation, lorsque cela se justifie et dans la mesure du possible; deuxièmement, compte tenu de la rapidité des avancées technologiques et des différences de niveau de complexité technique existant entre les États, le texte devrait être technologiquement neutre (c'est-à-dire ne recommander aucune technologie en particulier mais décrire les fonctions des technologies disponibles); et troisièmement, des indications plus détaillées devraient être fournies pour aider les États adoptants à introduire et utiliser ce type de passation.

75. Les considérations de principe relatives aux aspects spécifiques de la passation de marchés en ligne sont examinées dans les commentaires article par article (voir [renvoi aux commentaires article par article correspondants]). On trouvera dans la présente section des indications concernant les obstacles juridiques ou autres à l'utilisation de ce type de passation. Les garanties nécessaires pour que son utilisation n'aille pas à l'encontre des objectifs de la Loi type sont examinées dans les sections suivantes.

76. Pour ce qui est des obstacles juridiques possibles à l'utilisation de la passation de marchés en ligne, la mesure dans laquelle chaque État peut utiliser cette

ressource dépend de la disponibilité des infrastructures de commerce électronique et des autres ressources nécessaires, notamment de mesures respectant la sécurité électronique, et de l'adéquation de la loi applicable qui autorise et réglemente le commerce électronique. L'environnement juridique général d'un État (plutôt que sa législation relative aux marchés) peut appuyer ou non la passation de marchés en ligne. Par exemple, des lois régissant l'utilisation des communications écrites, les signatures, la nature du document original et la recevabilité des éléments de preuve devant un tribunal peuvent ne pas suffire à assurer la fiabilité de la passation des marchés en ligne. Même si ces questions ne diminuent en rien l'attrait de ce type de passation, l'issue peut être imprévisible et les résultats commerciaux ne seront pas optimaux.

77. Pour régler cette question, il convient dans un premier temps de déterminer si la réglementation générale sur la passation de marchés en ligne, ou l'autorisation d'y recourir, doivent figurer dans la loi sur la passation des marchés ou dans le droit administratif général d'un État adoptant. Comme il est noté dans la section [II.D] ci-dessus, la Loi type ne constitue pas une marche à suivre complète de la passation de marchés: la planification et l'administration des marchés, ainsi que l'infrastructure générale d'appui, sont traitées dans d'autres textes. Même si la Loi type prévoyait la reconnaissance générale des documents et des communications électroniques, elle ne couvrirait pas l'ensemble des documents, échanges d'informations et communications du cycle de passation et il pourrait y avoir des conflits avec d'autres textes juridiques relatifs au commerce électronique. C'est pourquoi la solution retenue dans la Loi type consiste à s'appuyer sur la législation des États adoptants, notamment la législation générale sur le commerce électronique, pour autoriser la passation de marchés en ligne, en l'adaptant si nécessaire aux besoins précis de la passation. Les États adoptants devront donc commencer par déterminer si leur législation générale sur le commerce électronique autorise la passation de marchés en ligne.

78. À cette fin, les États adoptants voudront peut-être adopter aussi la série de textes publiés par la CNUDCI sur le commerce électronique: la Loi type sur le commerce électronique (1996), la Loi type sur les signatures électroniques (2001) et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[1]. Ces textes portant reconnaissance générale du commerce électronique et des signatures électroniques, peuvent définir les conditions juridiques générales de l'utilisation de la passation de marchés en ligne dans un pays. Ils reposent sur ce que l'on appelle une "approche de l'équivalent fonctionnel" du commerce électronique, qui consiste à analyser les fonctions et l'objet des exigences imposées traditionnellement aux documents et procédures papier et à y satisfaire au moyen des technologies de l'information. Cette approche a également été suivie dans la Loi type pour les applications du commerce électronique propres à la passation de marchés.

79. Cette approche fonctionnelle englobe la notion de neutralité technologique et évite d'imposer à la passation de marchés en ligne des normes plus strictes que celles traditionnellement appliquées à la passation de marché dans un environnement papier. Il est important de noter que des normes plus strictes

---

[1] Disponibles à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce.html (consulté en janvier 2011).

décourageront l'utilisation de la passation en ligne et peuvent en accroître le coût, au risque d'en réduire ou d'en perdre les avantages potentiels. En outre, le système risquerait d'être paralysé si la technologie utilisée était temporairement indisponible. Un autre avantage de la neutralité technologique est qu'elle permet d'éviter les conséquences de la tendance naturelle à surréglementer les nouveaux outils et les nouvelles techniques de passation ou à adopter une démarche prescriptive, qui témoigne d'un manque d'expérience et de confiance dans l'utilisation de nouvelles technologies et rend leur adoption plus difficile que nécessaire.

80. Une autre conséquence de cette approche est que les termes "électronique", "signature", "par écrit", "moyens de communication" et "messages de données électroniques" ne sont pas définis dans la Loi type. Les définitions des principaux termes nécessaires dans le cadre des opérations de commerce électronique figurent cependant dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, mentionnés précédemment. [Par exemple, à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le terme "message de données" est défini comme "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie".] D'un autre côté, la Loi type ne contient plus de références ni de conditions de forme présupposant un environnement papier.

81. La Loi type elle-même traite de questions propres à la passation de marchés qui ne sont pas couvertes par la législation générale sur le commerce électronique, telles que la nécessité de connaître le moment précis de la réception des offres électroniques et l'importance d'empêcher l'accès à leur contenu avant la date d'ouverture prévue [ajouter un renvoi aux commentaires article par article correspondants.]

4. Considérations pratiques

82. Les obstacles à l'utilisation de la passation de marchés en ligne peuvent être d'ordre logistique ou technologique. Même si de nombreux gouvernements effectuent maintenant une partie de leurs activités en ligne, on ne peut présumer dans tous les cas que l'accès à Internet est fiable: les infrastructures peuvent être insuffisantes et les technologies nécessaires peuvent ne pas être disponibles partout, surtout s'il s'agit de nouvelles technologies et d'infrastructures d'appui encore insuffisamment répandues ou hors de portée des micro, petites et moyennes entreprises.

83. Une question connexe est celle de l'utilisation de systèmes d'information exclusifs et de logiciels spécialisés pour la passation de marchés. L'accès au marché est meilleur si les entités adjudicatrices mettent gratuitement ces systèmes à la disposition des fournisseurs potentiels mais des considérations pratiques et commerciales peuvent en décider autrement. Il se peut que les entités adjudicatrices n'aient d'autre choix que d'amortir ou récupérer le coût d'investissements des systèmes exclusifs, ou qu'elles doivent sous-traiter la gestion des systèmes de passation de marchés en ligne à des tiers, qui détiennent peut-être alors les droits de propriété intellectuelle de systèmes ou risquent de créer des conflits d'intérêts.

84. Par conséquent, la Loi type n'exige pas des entités adjudicatrices qu'elles fournissent gratuitement tous les logiciels ou autres dispositifs techniques, mais elle le leur recommande vivement. Si la gratuité est impossible, les entités adjudicatrices doivent éviter de percevoir un montant disproportionné et s'abstenir de se servir des systèmes exclusifs ou du coût perçu pour limiter l'accès à un marché. À cet égard, les États adoptants voudront peut-être aussi envisager d'utiliser des logiciels libres ou disponibles dans le commerce. Il importe de veiller à ce que les systèmes soient compatibles avec ceux utilisés par des partenaires commerciaux potentiels, qu'ils ne nécessitent pas de droits de licence pour utilisateurs multiples et qu'ils puissent être facilement adaptés aux langues locales ou fonctionner en plusieurs langues. Les considérations d'interopérabilité peuvent être particulièrement importantes dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique impliquant l'intégration de systèmes d'information internes de différents organismes publics et pour ce qui est d'empêcher que les systèmes de passation de marchés en ligne ne servent à limiter la participation internationale de fournisseurs à la procédure de passation. Dans certains pays, les utilisateurs potentiels, c'est-à-dire les fournisseurs, doivent saisir des coordonnées nationales dans le système électronique pour être autorisés à l'utiliser. Même si les considérations de sécurité et d'authenticité doivent être prises en compte, les États adoptants sont invités à s'assurer que leurs systèmes n'imposent pas de restrictions inutiles à l'accès au marché. (Voir également la section [II.F] ci-après.) L'accord sur les marchés publics [indiquer la version appropriée] exige que les systèmes de passation des marchés en ligne soient généralement disponibles et compatibles avec d'autres systèmes couramment utilisés dans l'État concerné. Les États adoptants voudront peut-être s'assurer qu'ils se conforment à cet accord et aux accords commerciaux régionaux applicables en la matière, dont bon nombre comportent des exigences similaires.

5. Garanties visant à promouvoir l'utilisation de la passation de marchés en ligne

85. Pour qu'un système de passation de marchés en ligne soit accepté, il faut que le public ait confiance en sa sécurité. Une telle confiance nécessite une authentification adéquate des fournisseurs, une technologie suffisamment fiable, un système préservant les offres et soumissions et un niveau de sécurité suffisant pour que les informations confidentielles fournies par les fournisseurs le restent, notamment vis-à-vis de leurs concurrents, et ne puissent être utilisées de manière inappropriée. Il est particulièrement important que ces qualités soient visibles lorsque ce sont des tiers qui exploitent le système concerné. Celui-ci doit au minimum contrôler quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui, à qui et quand (y compris la durée de la communication), et permettre de reconstituer la suite des événements. Il doit offrir une protection adaptée contre les actions non autorisées visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. La transparence propre à instaurer la confiance sera renforcée si toutes les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des entités adjudicatrices et des fournisseurs potentiels sont portées à la connaissance du public ou du moins énoncées dans le dossier de sollicitation.

86. Il convient d'appliquer les principes de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique aux garanties pour gérer les mesures nécessaires à la passation de marchés en ligne, comme on l'a noté ci-dessus. Par exemple, des garanties s'appliquant spécifiquement aux communications électroniques ou à la

confidentialité des soumissions ou des autres offres établiraient inévitablement des normes de sécurité et de préservation de l'intégrité des données plus élevées que celles applicables aux communications papier (car il n'existe guère de normes de ce genre dans l'environnement papier), et elles ne tiendraient peut-être pas compte des risques liés de tout temps aux communications papier.

87. La première garantie consiste à assurer l'authentification des communications, c'est-à-dire à faire en sorte que l'on puisse remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui en est l'auteur, ce qui se fait généralement au moyen de signatures électroniques et de systèmes de gestion des obligations et responsabilités en matière d'authentification. Les règles pertinentes peuvent être propres à un système de passation donné ou figurer dans la législation générale de l'État régissant les systèmes électroniques. Le concept de neutralité technologique signifie en pratique que les systèmes de passation ne devraient pas se limiter automatiquement à une seule technique de signature électronique [(telle que les techniques avancées basées sur la cryptographie et l'infrastructure à clef publique, même si ce sont les plus courantes au moment considéré)][2]. Certains systèmes de signature électronique se fondent sur une obligation de certification locale. Par conséquent, pour éviter que les systèmes de passation en ligne ne soient utilisés pour restreindre l'accès à la procédure de passation, le système doit permettre la reconnaissance des certificats étrangers et des exigences de sécurité associées en ce qui concerne les signatures électroniques indépendamment du lieu d'origine des signatures. À cet égard, les États adoptants devront déterminer quelles communications, telles que soumissions ou autres offres, nécessitent une authentification intégrale, d'autres mécanismes destinés à instaurer la confiance entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs pouvant suffire pour d'autres communications. Cette approche n'est pas nouvelle: la Loi type de 1994 prévoyait déjà des exigences différentes en fonction du degré d'importance des communications dans le processus de passation, tout comme le fait la Loi type révisée (voir article [7]).

88. Une autre exigence concerne l'intégrité. Il s'agit de protéger les informations de toute modification, de tout ajout ou de toute manipulation, ou au moins de pouvoir déceler toute modification, tout ajout ou toute manipulation et en déterminer l'origine. Cette exigence va de pair avec celle de sécurité, en ce sens que les documents pour lesquels les délais sont importants, tels que les offres, ne doivent pas être accessibles avant la date d'ouverture prévue.

89. Ces questions sont examinées plus en détail au [renvoi aux indications concernant l'article [39]] ci-après, où elles occupent la plus grande place.

90. La progression de la passation de marchés en ligne est allée de pair avec l'introduction de nouvelles méthodes de passation et une refonte des méthodes existantes visant à tirer parti des nouvelles technologies. Les nouvelles méthodes sont notamment les enchères électroniques inversées et les catalogues électroniques, et les techniques plus traditionnelles telles que les accords-cadres peuvent être modernisées pour permettre les soumissions électroniques notamment à la deuxième étape de la procédure: grâce à ces techniques, des achats peuvent être faits en quelques heures et non plus en quelques semaines ou en quelques mois. Là encore,

---

[2] Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si cette référence est utile compte tenu de la prééminence de cette technologie.

l'approche suivie dans la Loi type vise à faciliter ces techniques s'il y a lieu, sous réserve des garanties appropriées (voir [renvoi aux commentaires relatifs aux chapitres VI et VII] ci-après).

6. La passation de marchés en ligne en tant que processus

91. Certains des principaux avantages économiques de la passation de marchés en ligne découlent de son application à l'ensemble du système de passation: l'uniformisation du système de passation au moyen des technologies de l'information permet de renforcer les capacités de contrôle, de suivi et d'évaluation, en particulier lorsque ce système est intégré à ceux de planification, de budget, d'administration des marchés et de paiement (où la facturation et le paiement peuvent également se faire par voie électronique). L'introduction de la passation de marchés en ligne est l'occasion de réformer l'ensemble du système de passation. Si on se contente de remplacer les communications papier par des courriers électroniques et des communications par Internet et d'annoncer les possibilités de marchés sur un site Web, les avantages de la passation en ligne ne seront pas aussi importants. Sans une réforme de l'ensemble du système, les faiblesses pouvant exister dans le système traditionnel risquent d'être également présentes dans le nouveau système numérique, et les risques liés à la passation en ligne peuvent ne pas être suffisamment pris en compte.

92. Une telle refonte de l'ensemble du système représente un investissement important et les systèmes électroniques doivent aussi donner lieu à de nouveaux mécanismes de gouvernance. L'expérience montre que la plupart des systèmes de passation en ligne introduits mettent des années à produire les avantages attendus et que la mise en œuvre la plus efficace se fait souvent de manière progressive, ce qui contribue aussi à amortir les coûts d'investissement. Les systèmes qui visent l'autofinancement en facturant aux fournisseurs et en sous-traitant peuvent être efficaces sur le plan administratif mais comportent des risques: des commentateurs ont observé que la participation et la concurrence diminuaient lorsqu'un droit était perçu et que des conflits d'intérêts institutionnels risquaient de voir le jour. Ces risques augmentent si le système n'est confié à des sous-traitants que pour permettre une introduction rapide et à bas coût. En d'autres termes, il convient d'examiner soigneusement les coûts et les avantages des systèmes autofinancés et de la sous-traitance.

F. Dispositions relatives à la participation internationale à la procédure de passation de marchés et à l'utilisation de systèmes de passation pour réaliser d'autres objectifs de politique gouvernementale

1. Contexte

93. Conformément au mandat de la CNUDCI, qui est de promouvoir le commerce international, et aux objectifs de la Loi type, qui sont d'assurer une participation et une concurrence maximales afin d'améliorer le rapport qualité-prix, la Loi type prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf dans des cas exceptionnels prévus dans les règlements en matière de passation des marchés ou

d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (article [8-1]). Cette règle générale destinée à promouvoir la transparence et empêcher toute restriction arbitraire et excessive de la participation étrangère est mise en application au moyen de plusieurs procédures visant par exemple à ce que les invitations à participer à une procédure de passation ou à présenter une demande de préqualification soient publiées de telle manière qu'elles seront reçues et comprises par une communauté internationale de fournisseurs et d'entrepreneurs. Ces procédures sont renforcées par l'article [9-6], qui dispose que sous réserve de l'article [8], "l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable" et par les règles concernant la description de l'objet du marché, qui interdisent, toujours sous réserve de l'article [8], d'utiliser une description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité (article [10-2]).

2. Limitation directe de la participation internationale

94. La Loi type permet aux États adoptants de prévoir dans leur droit interne, à titre exceptionnel, la possibilité de limiter la passation de marché aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en permettant à l'entité adjudicatrice de déclarer en vertu des dispositions de l'article [8-1] qu'une procédure de passation exclura des fournisseurs et entrepreneurs sur la base de la nationalité. Toutefois, l'entité adjudicatrice ne peut limiter la participation internationale que dans la mesure où le lui permettent la législation (notamment en ce qui concerne les obligations conventionnelles) ou les règlements en matière de passation des marchés. Cette restriction vise à garantir que l'entité adjudicatrice ne puisse décider de désavantager certains fournisseurs ou certaines catégories de fournisseurs.

95. Ce dernier point est renforcé par des dispositions qui interdisent expressément toute discrimination fondée sur des exigences concernant les critères de qualification, d'examen et d'évaluation figurant respectivement aux articles [9], [10] et [11] de la Loi type.

96. Cette approche, conjuguée aux dispositions de l'article [3] sur la primauté des obligations internationales de l'État adoptant, permet à la Loi type de tenir compte des cas où les fonds utilisés pour la passation de marchés découlent d'un arrangement d'aide bilatérale liée. Un tel arrangement peut exiger que la passation se fasse avec des fournisseurs ou entrepreneurs du pays donateur. De même, on peut considérer que des restrictions fondées sur la nationalité puissent résulter par exemple d'un traitement national accordé aux fournisseurs et entrepreneurs des autres États membres d'un groupement régional d'intégration économique ou de restrictions dues à des sanctions économiques imposées par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies.

3. Limitation indirecte de la participation internationale

97. Il a été question précédemment de mesures exceptionnelles explicitement conçues pour limiter la participation étrangère. Le même résultat peut être obtenu indirectement, par exemple en fixant des normes minimales de qualification dans la

description de l'objet du marché et en élaborant les critères d'évaluation (articles [9, 10 et 11]).

98. Il est expliqué en détail dans le commentaire des articles [9, 10 et 11] que l'entité procuratrice peut établir des normes minimales de qualification et de conformité et inclure des critères d'évaluation non liés à l'objet du marché pour promouvoir les politiques du gouvernement (notamment dans les domaines de l'environnement, de l'industrie ou des affaires sociales). Ces normes minimales peuvent reproduire les exigences juridiques de l'État adoptant (telles que les salaires minimaux). Celui-ci peut aussi fixer des normes plus élevées ou exprimer une préférence pour les soumissions dépassant ces normes juridiques, afin de promouvoir une politique au moyen de la passation de marchés (par exemple, des normes environnementales plus élevées). Ces politiques auront pour effet de défavoriser la participation internationale si les normes appliquées sont plus élevées que celles d'autres États. D'autres politiques peuvent viser à promouvoir le développement des capacités locales en appuyant les micro, petites et moyennes entreprises, en particulier dans des pans du secteur commercial longtemps désavantagés, et en encourageant la participation de la population locale à la passation des marchés. Les États peuvent également chercher à accorder certains types de marchés en fonction d'objectifs stratégiques. Toutes ces mesures peuvent faire partie d'une approche explicite en faveur d'une passation de marchés responsable ou tenant compte de l'environnement. Ces termes recouvrent des notions souples visant généralement à assurer que les effets de la passation de marchés sur l'environnement, la société et le développement seront pris en compte [renvoi à la section sur la passation de marchés responsable].

99. L'article [11] permet à l'entité adjudicatrice de recourir à la technique de la "marge de préférence" en faveur des fournisseurs et entrepreneurs locaux. Ce mécanisme permet à l'État de trouver un juste équilibre entre la participation internationale à la procédure de passation de marchés et la promotion des capacités locales sans devoir recourir à une procédure de passation purement nationale. L'entité adjudicatrice peut alors retenir la soumission d'un fournisseur local lorsque la différence de prix (prix pondéré ou non par la note de qualité) entre cette soumission et la soumission la plus basse ou la plus avantageuse dans l'absolu reste inférieure à la marge de préférence. Elle peut ainsi favoriser les fournisseurs et entrepreneurs locaux capables de proposer des prix voisins de ceux de la concurrence internationale sans pour autant exclure purement et simplement cette dernière.

4. Utilisation de la passation de marchés pour promouvoir les politiques et objectifs du gouvernement

100. Un système fondé sur la Loi type permet de déroger aux procédures considérées comme garantissant une utilisation optimale des ressources et le meilleur rapport qualité-prix afin de permettre au gouvernement de poursuivre d'autres objectifs, en particulier de développer et de renforcer les capacités locales[3].

---

[3] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il y a lieu de déterminer dans le Guide dans quelle mesure ces politiques devraient être utilisées uniquement aux fins du renforcement des capacités locales ou si elles devraient également pouvoir tenir compte de considérations politiques (tout aussi valables aux yeux de certains États).

101. La Loi type ne définit pas les types de politiques ou d'objectifs que les États adoptants peuvent promouvoir au moyen de la passation de marchés, mais elle prévoit des règles de transparence strictes afin d'assurer que les modalités d'application de ces politiques soient claires pour tous les participants à la procédure. La législation ou la réglementation des États adoptants doivent énoncer les politiques concernées. Dans la pratique, on peut citer comme exemples de politiques poursuivies la protection de l'état de la balance des paiements et des réserves en devises d'un État, l'autorisation d'arrangements d'échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, le contenu local, y compris en fabrication, main-d'œuvre et matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités locales, la promotion de l'emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion et des compétences scientifiques et opérationnelles, le développement d'un secteur industriel spécifique, le développement des micro, petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, l'amélioration de l'environnement et l'amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, et des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels.

102. L'approche de la Loi type vise à garantir que les coûts des politiques concernées puissent être calculés selon des critères établis et mis en balance avec les bénéfices qui en découlent. En ce qui concerne l'incidence de ces politiques sur les objectifs de la Loi type énoncés dans le préambule, on considère généralement que, dans la mesure où elles limitent la concurrence, elles ont probablement pour effet de gonfler le prix payé et donc de diminuer le rapport qualité-prix; et que le coût du suivi de l'application des politiques gouvernementales peut accroître les coûts administratifs ou opérationnels et donc influer négativement sur l'efficacité. D'un autre côté, certaines de ces politiques peuvent contribuer à ouvrir les marchés publics à des acteurs qui en ont traditionnellement été exclus (tels que les micro, petites et moyennes entreprises) et à accroître la participation et la concurrence, bien qu'à plus long terme ces avantages peuvent ne pas persister si ces fournisseurs ne sont pas disposés à s'agrandir.

103. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de l'expérience d'autres États qui ont appliqué ce type de politiques. Par exemple, en relativement peu de temps, les fournisseurs ou entrepreneurs de secteurs économiques ainsi soutenus peuvent, après que de telles politiques ont été mises en œuvre, se développer au point qu'ils peuvent se frotter à la concurrence. Toutefois, l'exclusion complète de la concurrence étrangère pendant une période prolongée ou lorsque les fournisseurs peuvent déjà entrer en concurrence peut compromettre le renforcement des capacités que ces politiques visent à réaliser. Pour des raisons similaires, les résultats des politiques préférentielles (telles que le recours à des critères d'évaluation privilégiant un groupe donné) sont généralement plus positifs que ceux des politiques réservées (telles que celles qui exigent de sous-traiter à un groupe donné). Les États adoptants voudront s'assurer que la mise en œuvre de politiques gouvernementales au moyen de la passation de marchés est efficace à la fois en ce qui concerne la réalisation des objectifs et sur le plan opérationnel. Dans le même temps, ils devraient envisager des alternatives viables, telles que l'assistance

technique ciblée, simplifier les procédures et démarches administratives, garantir des ressources financières suffisantes à l'ensemble des secteurs de l'économie, exiger que les entités adjudicatrices payent régulièrement et ponctuellement les fournisseurs et prévoir d'autres aides ciblées.

5. Passation de marchés responsable

104. [D'autres recherches ou contributions seront nécessaires pour pouvoir consacrer une section à ce sujet.]

6. Obligations internationales

105. La Loi type n'est pas un texte international au sens d'un accord international négocié, ce qui permet une approche souple. Les États adoptants peuvent être signataires d'accords internationaux englobant la passation de marchés (tels que la Convention contre la corruption, l'Accord sur les marchés publics (AMP) [ajouter les références appropriées des versions] et des accords commerciaux régionaux), qui peuvent avoir pour effet de limiter les possibilités de mener des politiques telles que celles décrites ci-dessus au moyen du système de passation des marchés.

106. La mise en œuvre de certaines politiques gouvernementales en vertu de la Loi type peut aller à l'encontre de certains accords internationaux (tels que l'AMP et les accords commerciaux régionaux), qui exigent généralement un "traitement national", c'est-à-dire que les fournisseurs de tous les pays signataires soient traités aussi favorablement que les fournisseurs nationaux. [L'AMP interdit explicitement les "opérations de compensation", c'est-à-dire les mesures destinées à encourager le développement local ou à améliorer les comptes de la balance des paiements par l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour des technologies, des exigences en matière d'investissements, des échanges compensés ou des exigences similaires. Néanmoins, les pays en développement peuvent négocier (au moment de leur accession) la possibilité de recourir aux opérations de compensation en tant que critères de qualification mais non comme critères d'évaluation ou d'attribution.] Les États adoptants voudront donc examiner l'étendue de leurs obligations internationales lorsqu'ils transposeront les dispositions autorisant une limitation directe ou indirecte de la participation internationale dans leur législation concernant les marchés publics [et, s'ils ont fondé ou entendent fonder cette législation sur la Loi type, examiner leurs dispositions nationales lorsqu'ils négocient des obligations internationales]. Les dispositions de nombreux accords commerciaux font que les États adoptants pourront recourir à certaines options visées dans la Loi type et pouvant avoir pour effet de limiter la participation internationale, mais pas à toutes.

7. Dérogations à l'obligation de publication internationale des invitations à participer et des avis de passation de marché

107. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent dispenser les entités adjudicatrices de devoir publier dans un journal de grande diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international une invitation initiale à participer à un marché de faible valeur, lorsqu'elles estiment qu'en raison de cette faible valeur le marché ne devrait pas susciter d'intérêt international [article 32-4]. Il importe de noter que la faible valeur du marché à elle seule ne justifie pas l'exclusion de la participation internationale de fournisseurs en

tant que telle (à la différence d'autres motifs autorisant la passation d'un marché national, énoncés à l'article [8]), et que les fournisseurs internationaux peuvent donc participer s'ils le veulent; par exemple, en répondant à un avis national.

108. La notion de marché de faible valeur à cet égard ne devrait pas être interprétée comme donnant aux États adoptants toute latitude pour fixer le seuil approprié suffisamment élevé pour soustraire la plus grosse partie de ses passations à l'exigence de publication internationale. La Loi type ne peut fixer un seuil unique qui serait approprié pour tous les États adoptants. Néanmoins, lorsqu'ils fixeront le ou les seuils voulus, ceux-ci voudront peut-être se demander s'il convient d'appliquer un seuil aux "passations de faible valeur" pour tenir compte des dérogations permises à l'obligation de publication internationale et à celle de fournir dans le dossier de sollicitation des informations sur la monnaie et les langues, et si ce seuil devrait également servir de limite supérieure pour le recours aux procédures de demande de prix.

109. Les États adoptants voudront peut-être aussi encourager les entités adjudicatrices à déterminer si une participation internationale est probable dans le cas de chaque passation de marché (de faible valeur ou non), en supposant qu'il y a publication internationale, et quelles autres mesures devraient être prises en cas de participation internationale. À cet égard, la Loi type reconnaît que dans de tels cas de marché de faible valeur, l'entité adjudicatrice peut ou non avoir un intérêt économique à empêcher la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs étrangers: une exclusion générale des fournisseurs et entrepreneurs étrangers pourrait la priver inutilement de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. D'un autre côté, une participation internationale peut entraîner des coûts de traduction et des délais plus longs pour permettre la traduction de l'avis et des réponses des fournisseurs étrangers, et amener l'entité adjudicatrice à examiner des offres et soumissions dans plus d'une langue. Lorsqu'une limitation est possible, l'entité adjudicatrice voudra évaluer au cas par cas les coûts et les avantages d'une participation internationale.

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition sur les section et sous-section suivantes de la première partie (Remarques générales) d'un projet de guide révisé pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics: II. Caractéristiques principales de la Loi type ("Contestations et appels").

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Première partie. Remarques générales

...

II. CARACTÉRISTIQUES PRINCIPALES DE LA LOI TYPE

(*suite*)

G. Contestations et appels

110. Un système de passation transparent présente une caractéristique essentielle, à savoir l'existence de mécanismes permettant de contrôler et, si nécessaire, d'imposer l'application des règles qu'il énonce. De tels mécanismes prévoient des audits et des enquêtes, des poursuites en cas d'infractions pénales (ces questions ne sont généralement pas traitées dans la législation sur la passation des marchés et, par conséquent, ne le sont pas non plus dans la Loi type), ainsi que des procédures de recours, dans lesquelles les fournisseurs et entrepreneurs se voient accorder le droit de contester les décisions et les actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes à la législation applicable en matière de passation des marchés.

111. Un mécanisme de recours efficace est donc indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système de passation des marchés et peut favoriser la confiance dans ce système. Il contribue à faire de la Loi type un instrument qui permet dans une large mesure à ses propres utilisateurs d'en suivre et d'en imposer l'application, car il offre des voies de droit aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont un intérêt naturel à s'assurer que les entités adjudicatrices respectent les dispositions de la Loi type dans chaque procédure de passation. Le mécanisme de recours remplit une fonction supplémentaire, celle d'instrument de dissuasion: son existence vise à décourager les actes ou décisions qui violent intentionnellement la loi.

112. Les mécanismes de recours ne peuvent remédier aux violations des règles et des procédures que s'ils sont mis en marche par les fournisseurs eux-mêmes. Aussi les autres mécanismes de contrôle mentionnés plus haut sont-ils nécessaires pour traiter a) les cas de violation lorsque le fournisseur choisit de ne pas engager d'action et b) les questions systémiques. Les fournisseurs peuvent avoir de nombreuses raisons de ne pas intenter d'action: lorsque le marché est de faible valeur, il se peut que les fournisseurs importants considèrent que les pertes ne justifient pas les coûts engagés; que les petits fournisseurs estiment ne pas avoir les moyens d'investir le temps et l'argent nécessaires pour un recours; et que tous les fournisseurs hésitent à contester des décisions discrétionnaires en raison du risque élevé d'échec et par crainte qu'un recours ne compromette leurs relations futures avec l'entité adjudicatrice. Le caractère systémique des violations risque de passer inaperçu si les mécanismes de recours se focalisent sur des cas individuels, en particulier des cas dont la gravité est relativement faible.

113. Un mécanisme de recours efficace offre, entre autres caractéristiques essentielles, la possibilité d'engager rapidement une procédure: l'obligation faite à l'article 21-2 de prévoir un délai d'attente vise ainsi à permettre que les recours soient introduits avant l'entrée en vigueur d'un marché (ou d'un accord-cadre); l'interaction entre les dispositions régissant le délai d'attente et les dispositions du chapitre VIII fait partie du mécanisme global de contrôle et d'application prévu dans la Loi type.

114. Le chapitre VIII contient un ensemble minimum de dispositions visant à garantir un processus de recours efficace. Les États adoptants sont encouragés à incorporer toutes les dispositions du chapitre dans la mesure où leur système juridique le permet.

1. Accords internationaux traitant des mécanismes de recours

115. L'article 9-1 d) de la Convention contre la corruption exige que les systèmes de passation des marchés prévoient un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies conformément au paragraphe 1 de ce même article. Afin que les exigences de la Convention soient prises en considération dans la Loi type, la Commission a décidé que cette dernière devrait exiger des États adoptants qu'ils prévoient tous les droits et toutes les procédures nécessaires (tant en première instance qu'en appel) pour un mécanisme de recours efficace. De même, elle s'est efforcée de suivre l'approche de l'AMP en matière de recours.

2. Assurer le fonctionnement des mécanismes de recours tout en respectant les traditions juridiques de l'État adoptant

116. Les dispositions de la Convention contre la corruption et de la Loi type reconnaissent que les procédures doivent être appliquées d'une manière qui respecte la tradition juridique de l'État adoptant concerné. Il est vrai qu'il existe, dans la plupart des États, des mécanismes et procédures permettant de contester les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques (on parle généralement de fonction de recours). Dans certains États, ces mécanismes et procédures ont été mis en place spécialement pour les litiges découlant de la passation de marchés par ces organes et entités. Dans d'autres, de tels litiges sont soumis aux mécanismes et

procédures généraux de recours contre les actes administratifs. Les États appliquent toutefois des politiques très différentes pour faire respecter les règles de passation. Certains pays disposent depuis longtemps d'un système de recours devant des autorités et des tribunaux spécialisés. D'autres ne prévoient aucune disposition législative générale pour ce type de recours (sauf dans la mesure exigée par les obligations internationales et sous réserve des procédures de recours judiciaire). Certains systèmes prévoient des sanctions administratives pour contravention à la législation sur la passation des marchés par des organes de l'État, les procédures étant engagées devant un tribunal administratif. D'autres encore prévoient à la fois un recours administratif, ou recours quasi judiciaire, et/ou un contrôle judiciaire des décisions en matière de passation par les tribunaux ordinaires (et une procédure pénale spéciale pour violation des lois sur la passation des marchés par les entités adjudicatrices).

117. Les règles et procédures prévues au chapitre VIII de la Loi type sont suffisamment souples pour pouvoir être adaptées à l'une quelconque de ces approches, sans perdre en efficacité. Certains aspects importants de la procédure de recours, tels que l'instance devant laquelle introduire une demande ou un appel et les mesures pouvant être accordées, sont liés aux caractéristiques fondamentales, tant conceptuelles que structurelles, du système juridique et du système d'administration publique de chaque pays.

118. Certains systèmes juridiques prévoient un recours contre les actes d'organes administratifs et d'autres entités publiques devant une instance administrative indépendante exerçant une autorité ou un contrôle hiérarchique sur ces organes ou entités. Dans les systèmes juridiques prévoyant un tel recours, la question de savoir quelles instances exerceront cette fonction pour les actes d'organes ou entités particuliers dépend dans une large mesure de la structure administrative de l'État. Dans d'autres États, la fonction de recours est assurée par des instances spécialisées dont la compétence est parfois décrite comme "quasi judiciaire". Ces instances ne sont toutefois pas considérées dans ces États comme des tribunaux du système judiciaire. Les procédures devant une instance administrative ou quasi judiciaire font l'objet de l'article [66] de la Loi type.

119. Que le mécanisme soit administratif ou quasi judiciaire, un aspect essentiel est qu'il soit indépendant. Dans ce contexte, la notion d'"indépendance" désigne l'indépendance par rapport à l'entité adjudicatrice et non l'indépendance par rapport aux pouvoirs publics en général. Les États adoptants sont toutefois encouragés, dans le cadre de leurs systèmes nationaux, à octroyer le plus d'autonomie et d'indépendance possible par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif, pour éviter toute influence politique et assurer la rigueur dans les décisions émanant de l'instance indépendante. La nécessité d'un mécanisme indépendant est particulièrement cruciale dans les systèmes où il n'est pas réaliste d'attendre de l'entité adjudicatrice qu'elle réexamine ses propres actes et décisions toujours de manière impartiale et efficace. Il peut cependant être difficile d'offrir des voies de droit efficaces par le biais d'autres mécanismes dans certains États vulnérables[1].

---

[1] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait fournir davantage de précisions dans le Guide, soit ici, soit dans la section générale concernant l'infrastructure administrative permettant d'appliquer la Loi type, par exemple sur le degré idéal de séparation des pouvoirs entre l'entité adjudicatrice, les organismes de réglementation (par exemple, les autorités

120. De nombreux systèmes juridiques nationaux prévoient un recours judiciaire contre les actes d'organes administratifs et d'entités publiques soit en sus de la fonction quasi judiciaire décrite plus haut, soit en lieu et place de cette fonction. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois un recours quasi judiciaire et un recours judiciaire, ce dernier n'est possible qu'après épuisement des autres voies de recours. Dans d'autres, les deux voies de recours sont possibles en tant qu'options. Les dispositions de la Loi type n'abordent pas la question si bien que les États adoptants peuvent prévoir l'approche souhaitée par la voie réglementaire.

121. Les États adoptants voudront peut-être se servir des dispositions de la Loi type pour évaluer l'efficacité des mécanismes de recours déjà en place chez eux. En règle générale, les instances spécialisées présentent un avantage en raison de la nature des litiges liés à la passation des marchés. Lorsqu'il existe déjà un système de recours judiciaire efficace, la création d'une nouvelle instance quasi judiciaire ne présentera probablement guère d'intérêt. D'autre part, s'il existe une instance quasi judiciaire efficace, il ne sera probablement guère intéressant non plus d'encourager les tribunaux judiciaires à se spécialiser dans le domaine de la passation des marchés.

122. Compte tenu de ce qui précède, et afin que les dispositions puissent être intégrées aux cadres conceptuels et structurels très différents des systèmes juridiques et des systèmes d'administration publique du monde entier, le chapitre VIII énonce les principes et les procédures principales à suivre pour mettre en place un système de recours efficace. Dans le prolongement de l'approche générale de la Loi type qui se veut un texte-cadre, ce chapitre devra être complété par des règlements et des règles procédurales détaillées pour que les mécanismes de recours fonctionnent de manière efficace, rapide et économique. Une importance particulière devrait être accordée à la question des preuves et des audiences, afin que les parties aux procédures aient pleinement connaissance de leurs droits et obligations dans ce domaine[2].

123. Le chapitre VIII ne traite pas de la possibilité de soumettre les litiges à l'arbitrage ou à des modes alternatifs de règlement, parce que l'arbitrage est relativement peu utilisé dans le contexte de la passation des marchés et en raison de la nature de la procédure de recours, qui suppose généralement de déterminer si les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice sont conformes ou non aux exigences de la Loi type. Cependant, cette dernière ne veut pas entendre par là qu'il est interdit à l'entité adjudicatrice et au fournisseur ou à l'entrepreneur de soumettre à l'arbitrage, si les circonstances s'y prêtent, un différend relatif aux procédures qu'elle prévoit.

---

antitrust existantes) et les instances indépendantes. Le Secrétariat croit comprendre qu'un organe de supervision ou une commission centrale des marchés ne peuvent être indépendants car ils prennent des décisions pour l'entité adjudicatrice. Un organisme de réglementation ou de contrôle, par exemple une autorité des marchés publics, pourrait assurer cette fonction ou, si cela se justifie pour des raisons d'échelle et que les ressources le permettent, ces fonctions pourraient être confiées à une instance séparée.

[2] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait donner davantage de détails, en particulier pour guider les instances indépendantes qui sont mises en place, sur les modalités de collecte des preuves (approche inquisitoire ou accusatoire) et la conduite des procédures. Par exemple, l'entité adjudicatrice est tenue de produire le procès-verbal de la procédure de passation de marché mais il conviendrait peut-être de prévoir un mécanisme pour l'y contraindre. Il sera peut-être nécessaire aussi d'établir des règles de preuve pour assurer la cohérence s'agissant des types de preuve requis et de la valeur à leur accorder.

124. D'autres branches de droit et d'autres instances dans l'État adoptant peuvent avoir une incidence sur le mécanisme de recours envisagé au chapitre VIII si, par exemple, un recours est déclenché suite à des allégations de fraude ou de corruption ou pour non-respect du droit de la concurrence. Dans ces cas, les États adoptants souhaiteront peut-être faire en sorte que des orientations appropriées soient données aux entités adjudicatrices et aux fournisseurs et que ces informations soient mises à la disposition du public, afin que les autorités concernées soient alertées et les mesures nécessaires prises.

3. Importance de concilier la nécessité de mettre en place des mécanismes de recours efficaces et celle de ne pas trop perturber le processus de passation

125. Un mécanisme de recours efficace se caractérise essentiellement par le fait qu'il établit un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de sauvegarder les droits des fournisseurs et entrepreneurs ainsi que l'intégrité du processus de passation des marchés et, d'autre part, la nécessité de ne pas trop perturber ce processus. C'est pourquoi les dispositions limitent le droit de recours aux fournisseurs et entrepreneurs (y compris les fournisseurs et entrepreneurs potentiels qui, par exemple, ont été disqualifiés); fixent des délais pour former les demandes et les appels ainsi que pour trancher les affaires; et laissent une certaine marge d'appréciation pour déterminer, dans certains cas, si la procédure de passation peut être suspendue. L'article [64] interdit toutefois l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre lorsqu'un recours a été engagé (sous réserve de quelques exceptions). Ces questions sont examinées dans le commentaire se rapportant à cet article.

4. Nécessité de régler rapidement les litiges

126. Un moyen important de contribuer au règlement efficace des litiges et de ne pas trop perturber le processus de passation est d'encourager la résolution rapide des questions et des litiges et de permettre le traitement des recours avant qu'il ne soit nécessaire d'annuler certaines étapes de la procédure de passation, dont la plus importante est l'entrée en vigueur du marché (ou, le cas échéant, la conclusion d'un accord-cadre). La Loi type contient plusieurs dispositions à cette fin, dont une prévoyant l'application d'un délai d'attente (article [21-2]). L'imposition d'un tel délai permet d'exiger un bref laps de temps entre l'identification de la soumission à retenir et l'attribution du marché (ou de l'accord-cadre) pour que tout recours concernant l'attribution envisagée puisse être traité avant que ne soit conclu le marché et donc qu'il ne devienne plus compliqué et coûteux de régler le problème. En ce qui concerne les recours contre les conditions de la sollicitation et d'autres questions se posant avant la présentation des offres ou autres soumissions, l'article [15] prévoit un mécanisme de clarification et de modification du dossier de sollicitation de manière à réduire les risques de contestation des conditions fixées dans ce dossier. Ces dispositions viennent donc étayer le mécanisme de recours prévu au chapitre VIII.

5. Résumé des dispositions sur les recours

127. Les dispositions du chapitre VIII prévoient tout d'abord que les fournisseurs et entrepreneurs sont en droit de contester les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice: aucune décision ni aucun acte pris dans une procédure de passation n'échappent au mécanisme. S'agissant de l'instance qui sera saisie, la Loi type offre

trois possibilités. Dans la première, prévue à l'article [65], le recours peut être formé devant l'entité adjudicatrice elle-même à condition que le marché n'ait pas encore été attribué. Il importe de noter que ce système d'examen par les pairs est une option pour les fournisseurs mais non une première étape obligatoire du processus de recours. Il vise à faciliter une procédure rapide, simple et relativement peu coûteuse. La possibilité de prononcer des mesures rapides sans perdre trop de temps ni d'argent est un aspect très souhaitable dans un mécanisme de recours concernant la passation de marchés. Le fait que l'entité adjudicatrice connaisse les faits se rapportant à la procédure de passation concernée et contrôle ladite procédure et qu'elle veuille et puisse corriger des erreurs procédurales dont elle n'avait peut-être pas conscience contribue à cet aspect. Ce dernier est non seulement important pour le fournisseur qui engage le recours mais aussi indispensable pour perturber le moins possible le processus de passation. Un système d'examen par les pairs peut aussi réduire la crainte qu'une action légale ne compromette les relations d'affaires futures, crainte dont on a constaté qu'elle décourage les recours. Les États adoptants sont donc invités à prendre des mesures pour faire largement connaître ce mécanisme, son fonctionnement (qui comporte des procédures formelles et ne se limite pas à un retour d'information) et ses avantages afin qu'il puisse être utilisé efficacement.

128. La deuxième possibilité consiste à confier à un tiers indépendant l'examen de la décision ou de l'acte de l'entité adjudicatrice que le fournisseur estime non conforme à la loi. Il peut s'agir ici d'une procédure administrative ou quasi judiciaire. Ce mécanisme a une portée plus large que le système d'examen par les pairs mentionné plus haut car les recours peuvent être soumis après l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre). L'instance indépendante saisie peut prononcer diverses mesures et les notes de bas de page accompagnant les dispositions concernées indiquent les mesures qui ne sont généralement pas prévues dans certains systèmes juridiques pour que les États adoptants puissent veiller à la compatibilité entre le mécanisme de recours devant une instance indépendante et les mécanismes équivalents devant leurs tribunaux.

129. La troisième possibilité pour les fournisseurs est d'engager une procédure devant un tribunal judiciaire compétent. La Loi type ne prévoit pas de règles pour ce genre de procédure, qui sera régie par la loi nationale applicable. Les notes de bas de page qui accompagnent les diverses dispositions mentionnent les questions et les mesures qu'il faudra mettre en œuvre d'une manière ou d'une autre pour garantir l'efficacité de l'ensemble du mécanisme décrit plus haut.

130. À cet égard, les États adoptants sont encouragés à examiner le champ d'action de toutes les instances existantes pour s'assurer que le système mis en place garantit bien l'exercice efficace des voies de droit (y compris des voies d'appel), comme l'exige la Convention contre la corruption et conformément à ce qu'il est admis de considérer comme une meilleure pratique. En général, un mécanisme est efficace s'il donne la possibilité d'intervenir sans délai; le pouvoir de suspendre ou d'annuler la procédure de passation et d'empêcher dans des circonstances normales l'entrée en vigueur d'un marché tant que le litige est pendant; le pouvoir de prendre d'autres mesures provisoires, telles que des ordonnances d'interdiction et des sanctions pécuniaires pour non-respect des règles; le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts si l'intervention n'est plus possible (par exemple, après

l'attribution du marché); et la possibilité d'agir rapidement dans un délai raisonnablement court, qui devrait normalement se mesurer en jours et en semaines.

[L'actuel projet de première partie (Remarques générales) du Guide s'achève ici. Le Groupe de travail examinera quelles autres sections, sous-sections ou questions devraient être ajoutées dans cette partie, ce qui pourrait obliger à modifier l'ordre des sections, sous-sections et questions qui y figurent actuellement.]

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le chapitre VIII (Contestations et appels) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

...

CHAPITRE VIII. CONTESTATIONS ET APPELS

Article [63]. Droit de contestation et d'appel

1. L'article [63] énonce le droit fondamental de contester un acte ou une décision de l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché en cause, ainsi que le droit de faire appel, si nécessaire, d'une décision rendue au premier degré dans une procédure de contestation.

2. Le paragraphe 1 reconnaît le droit de contestation aux seuls fournisseurs et entrepreneurs (y compris aux fournisseurs et entrepreneurs potentiels, notamment ceux qui n'ont pas été préqualifiés) mais non au public en général. Les sous-traitants sont également exclus du champ d'application du droit de contestation prévu dans la Loi type. Ces restrictions visent à assurer que les contestations portent sur les décisions ou les actes que l'entité adjudicatrice a pris dans une procédure de passation donnée et à éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé par des contestations fondées sur des questions de principe ou des questions théoriques. En outre, l'article [63] ne traite pas de la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur à introduire un recours ni de la nature ou de l'importance de l'intérêt ou du préjudice qu'il doit invoquer pour pouvoir introduire ce recours. Ces questions et d'autres, comme celle de savoir si des autorités publiques auraient le droit de former une contestation, doivent être résolues conformément aux règles juridiques applicables de l'État adoptant.

3. Le paragraphe 1 mentionne les demandes introduites en vertu des articles [65 et 66] auprès de l'entité adjudicatrice et de l'instance indépendante, respectivement, et celles présentées aux tribunaux judiciaires. Une contestation qui prend la forme

d'un recours judiciaire peut être formée conformément aux procédures ou règles de compétence judiciaires applicables, ou en vertu de l'article [69] de la Loi type.

4. Le paragraphe 2 se limite aux appels de décisions rendues dans une procédure visée aux articles [65 et 66]. Les appels devant les tribunaux et dans une procédure judiciaire sont régis par les procédures et règles de compétence judiciaires applicables. Ce paragraphe n'évoque pas la question et les États adoptants voudront peut-être mentionner précisément les règles applicables lorsqu'ils transposent cette disposition dans leur législation interne.

Article [64]. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande en révision ou d'un appel

1. L'article a pour objet d'interdire la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre tant qu'une contestation ou un appel est pendant. Il est donc impossible d'annuler la contestation ou l'appel en question en présentant l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comme un fait accompli.

2. L'entité adjudicatrice ne peut conclure de marché (ni d'accord-cadre) lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen dans les délais prescrits ou lorsqu'une demande en révision ou un appel lui est notifié par une instance indépendante ou un tribunal. Le paragraphe 2 prévoit le maintien de l'interdiction pendant une brève période après qu'une décision sur la contestation ou l'appel a été prise et communiquée aux participants, pour permettre à toute partie non satisfaite d'interjeter appel devant une instance de degré supérieur. Les États adoptants voudront faire en sorte que cette période soit aussi brève que le permet leur système pour éviter que le processus de passation ne soit trop perturbé.

3. L'interdiction n'est pas absolue: des considérations urgentes d'intérêt général peuvent amener à conclure qu'il serait préférable d'autoriser la poursuite de la procédure de passation et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, bien qu'une contestation ou un appel soient pendants. Une instance indépendante pourra par conséquent ordonner la poursuite de la procédure et l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre. Le paragraphe 3 b) donne la possibilité aux États adoptants d'autoriser une instance indépendante à trancher la question sans que l'entité adjudicatrice n'en ait fait la demande. Cette option peut convenir dans les systèmes qui fonctionnent selon le modèle inquisitoire, mais conviendra peut-être moins dans d'autres États. En élaborant les règles de procédure et de fonctionnement de l'instance indépendante, les États voudront aussi veiller à établir des règles et procédures claires sur les preuves qu'une entité adjudicatrice devrait produire pour invoquer des considérations urgentes d'intérêt général et sur la manière dont les demandes visant à obtenir l'autorisation de poursuivre la procédure doivent être introduites (y compris la question de savoir si ce type de demande doit être introduite par l'entité adjudicatrice *ex parte* ou *inter partes*).

4. Il faut trouver un équilibre entre la nécessité de régler rapidement les litiges en matière de passation et de disposer d'un mécanisme de contestation et d'appel efficace, et celle de prendre en compte les considérations urgentes d'intérêt général. Cet équilibre est surtout important dans les États adoptants dont le système judiciaire ne permet pas d'ordonner des mesures provisoires ni de conduire des procédures simplifiées. Le paragraphe 3 b) vise à assurer que toute décision tendant à autoriser la conclusion du marché ou de l'accord-cadre dans de telles

circonstances puisse être elle-même contestée (en application des droits généraux conférés à l'article [63]). De son côté, l'entité adjudicatrice devrait aussi pouvoir demander au tribunal compétent de l'autoriser à conclure le marché ou l'accord-cadre en raison de considérations urgentes d'intérêt général lorsque l'instance indépendante a décidé de ne pas lever l'interdiction de conclure un tel marché ou accord-cadre.

5. À cet égard, le paragraphe 3 b) pose une exigence importante, en prévoyant que la décision de l'instance indépendante est promptement notifiée à tous les participants concernés, y compris l'entité adjudicatrice. Il exige la communication de la décision et des motifs sur lesquels elle se fonde, ce qui est essentiel pour permettre toute action ultérieure (telle qu'un appel de la décision en question). De par la nature de la demande visée au paragraphe 3, il peut s'avérer nécessaire de protéger des informations confidentielles, dont la divulgation au public sera limitée par l'article [68], ce qui n'exempte toutefois pas l'instance indépendante de l'obligation de communiquer sa décision, dûment motivée, à tous les intéressés (tels qu'énumérés dans la disposition). Toute information confidentielle devra être exclue dans la mesure et de la manière prévues par la loi.

Article [65]. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice

1. L'article [65] prévoit qu'un fournisseur ou entrepreneur souhaitant contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice peut, en premier lieu, lui demander de réexaminer la décision ou l'acte en question. Cette demande est optionnelle, car son efficacité variera tant en fonction de la nature de la contestation que de la volonté de l'entité adjudicatrice de revoir les mesures qu'elle a prises dans le processus de passation. La procédure visée dans cet article doit être distinguée de la procédure de retour d'information [renvoi aux commentaires du Guide relatifs au retour d'information]. Les États adoptants estimeront peut-être qu'il est souhaitable de favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant l'utilisation du mécanisme optionnel de contestation envisagé dans cet article, ce qui pourrait en outre renforcer l'efficacité et améliorer la relation à long terme entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs.

2. Cette procédure vise à permettre à l'entité adjudicatrice de rectifier des actes, des décisions ou des procédures non conformes. Une telle approche peut éviter d'encombrer inutilement d'autres instances avec des demandes et des appels concernant des litiges que les parties auraient pu résoudre plus tôt par une procédure moins perturbatrice et moins coûteuse.

3. La demande de réexamen n'en est pas moins une procédure formelle, si bien qu'il importe d'en définir clairement la portée et les questions qui en découlent dès le début (ceci pour permettre un examen efficace et éviter que d'autres questions ne soient soulevées pendant la procédure). La demande doit par conséquent être écrite. La Loi type n'énonce pas de règles concernant les preuves à produire: le demandeur souhaitera présenter ses meilleurs arguments pour démontrer en quoi un réexamen ou une mesure corrective se justifie, mais la manière de procéder variera d'un cas à l'autre. Comme il est noté plus haut, des règlements et règles de procédure devraient traiter de la collecte de preuves si nécessaire. Une approche générale qui consisterait à permettre la production des preuves après la présentation d'une demande ira peut-être à l'encontre du but recherché, qui est d'exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle agisse rapidement à compter de sa saisine (comme le prévoit le

paragraphe 3). C'est pourquoi ces règles et règlements devraient encourager les demandeurs à produire rapidement toutes les preuves disponibles.

4. Les deux délais prévus au paragraphe 2 visent, de manière générale, à assurer que les demandes soient déposées promptement pour ne pas retarder et perturber inutilement la procédure de passation et éviter d'avoir à annuler des actes ou des décisions à une étape ultérieure. Cet article porte essentiellement sur deux types de contestations: premièrement, celles concernant les conditions de sollicitation, ainsi que la préqualification ou la présélection, qui doivent être formées avant la date limite de présentation des soumissions pour les raisons mentionnées ci-dessus. Dans ce contexte, l'expression "conditions de sollicitation" englobe toutes les questions soulevées par la procédure de passation avant la date limite de présentation des soumissions (y compris celles soulevées par la préqualification ou la présélection, qui sont mentionnées séparément dans l'alinéa), telles que le choix d'une méthode de passation ou de sollicitation lorsque l'entité peut choisir entre la sollicitation ouverte et la sollicitation directe, ou la limitation de la participation à la procédure de passation de marché prévue à l'article [8]. Elle exclut donc les questions que posent l'examen et l'évaluation des soumissions. Les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection incluent le contenu de tout additif visé à l'article [15]. La formule "avant la date limite de présentation des soumissions" se veut très générale pour permettre aux États adoptants de définir dans les règlements applicables un délai de saisine précis et court avant cette date limite (il sera peut-être nécessaire de prévoir différents délais pour différentes méthodes de passation: pour des enchères électroniques inversées, il devrait normalement être plus court que pour des méthodes impliquant un dialogue ou des négociations). Cette approche vise à empêcher que des contestations extrêmement perturbatrices (et peut-être abusives) ne soient présentées juste avant la date limite de présentation des soumissions.

5. Le deuxième type de contestations sera probablement lié d'une manière ou d'une autre à l'attribution ou à la proposition d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre). Le principal objectif ici est que la contestation soit traitée avant que l'exécution du marché (ou le fonctionnement de l'accord-cadre) ne vienne compliquer davantage les choses. En général, les contestations découlent de l'examen et de l'évaluation des soumissions, d'une étape du processus de passation qui peut aussi comprendre l'évaluation des qualifications des fournisseurs (mais non une préqualification). Elles doivent être présentées avant la fin du délai d'attente, s'il s'applique, ou avant l'entrée en vigueur du marché (ou de l'accord-cadre), selon le cas. Dans le texte, il est fait référence à l'entrée en vigueur du marché, plutôt qu'à l'expédition de l'avis d'acceptation, pour tenir compte des situations dans lesquelles la signature d'un marché écrit ou l'approbation d'une autre autorité sont exigés pour qu'un marché entre en vigueur (possibilités envisagées à l'article [21] et dans les articles de la Loi type qui décrivent la teneur du dossier de sollicitation).

6. Les dispositions ne mentionnent pas la compétence de l'entité adjudicatrice pour examiner un recours contre la décision d'abandonner la passation. Si une telle décision ne diffère pas, en principe, des autres décisions prises dans le processus de passation, la Commission a estimé qu'elle soulevait des questions telles qu'il était préférable d'en confier l'examen aux tribunaux.

7. Le texte prévoit qu'une demande de réexamen ne peut être présentée à l'entité adjudicatrice qu'avant l'entrée en vigueur du marché: en effet, après l'entrée en

vigueur, les mesures correctives que celle-ci pourra utilement exiger sont limitées. Ce dernier cas relèverait plutôt d'un recours quasi judiciaire ou judiciaire[1].

8. Si une demande est présentée hors délai, l'entité adjudicatrice n'est pas compétente et devrait la rejeter conformément au paragraphe 3 a) de l'article. Lorsqu'un délai d'attente a été appliqué et que l'approbation d'une autre autorité est exigée pour qu'un marché entre en vigueur, une contestation introduite après ce délai, mais avant l'approbation, est tardive.

9. L'interaction entre les articles [65 et 64] signifie qu'une fois la demande de réexamen présentée, aucun marché ne pourra être attribué (ni aucun accord-cadre conclu), à moins que l'entité adjudicatrice ne demande une exception en raison de considérations urgentes d'intérêt général et que sa demande ne soit acceptée par l'instance indépendante conformément à l'article [64-3] ou par les tribunaux.

10. Le paragraphe 3 exige de l'entité adjudicatrice qu'elle prenne plusieurs mesures. Premièrement, dès qu'elle est saisie d'une demande, elle doit publier un avis la concernant. Le texte ne fixe aucun délai pour cette publication. Le temps nécessaire dépendra de la manière dont l'avis sera publié et de la disponibilité du support qui sera utilisé à cette fin. Dans l'environnement électronique, par exemple, le lieu de publication le plus approprié sera le site Web où a été publié l'avis initial concernant la passation. Le but est que tous les participants au processus de passation (dont l'entité adjudicatrice peut connaître ou non les coordonnées) soient informés de la présentation de la demande.

11. L'entité adjudicatrice non seulement doit publier un avis concernant la demande, mais est également tenue, dans les trois jours ouvrables à compter de sa saisine, de notifier l'introduction de la demande et l'essentiel de son contenu à tous les participants à la procédure de passation qui lui sont connus (c'est-à-dire dont les coordonnées lui ont été communiquées). En notifiant l'essentiel du contenu de la demande, l'entité adjudicatrice évite d'avoir à divulguer des informations qui peuvent être confidentielles et à examiner l'intégralité de la demande pour en supprimer les informations confidentielles.

12. Les dispositions relatives à la publication et à la notification visent à informer les fournisseurs ou entrepreneurs qu'une demande a été présentée à propos de la procédure de passation à laquelle ils ont participé ou participent, et à leur permettre de prendre des mesures pour protéger leurs intérêts. Ils pourront par exemple intervenir dans la procédure de recours en vertu de l'article [67], notamment en demandant la levée d'une suspension qui a été appliquée, ou prendre d'autres

---

[1] Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il conviendrait d'examiner des questions supplémentaires. Le texte restreint la compétence de l'entité adjudicatrice aux litiges antérieurs à l'entrée en vigueur du marché, pour ne pas lui conférer des pouvoirs excessifs mais aussi pour tenir compte de l'approche de la Loi type, qui ne s'occupe pas de l'administration des marchés, si bien que les pouvoirs de l'entité cessent naturellement lorsque le marché entre en vigueur. Une autre approche pourrait être décrite dans le Guide, prévoyant par exemple que, en l'absence d'instance indépendante, les États adoptants voudront peut-être prolonger les délais en se fondant sur les dispositions équivalentes de l'article [66] (faute de quoi seuls pourraient être saisis les tribunaux). Ce point peut être jugé important, car l'entité adjudicatrice possède les connaissances les plus détaillées et sera peut-être la mieux placée pour décider en cas de contestation. D'un autre côté, le délai d'attente et d'autres moyens assurent l'intégrité du processus.

mesures qui peuvent être prévues dans les règlements ou règles de procédure applicables. La possibilité d'une participation élargie à la procédure de recours est envisagée car il est de l'intérêt de l'entité adjudicatrice que les contestations soient formulées et que les informations soient portées à son attention dès que possible.

13. Dans le même délai (soit trois jours ouvrables à compter de sa saisine), l'entité adjudicatrice doit prendre d'autres mesures, à savoir procéder à l'examen initial de la demande et en notifier les résultats au demandeur et aux autres personnes concernées. Elle doit d'abord décider si elle examinera la demande plus en détail. Le paragraphe 3 a) mentionne les types de situation où elle peut décider de ne pas le faire. Elle se posera notamment la question de savoir si la demande a été présentée dans les délais fixés; si le demandeur a ou non qualité pour agir (comme il est noté au paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article [63] ci-avant, les sous-traitants et les membres du public, contrairement aux fournisseurs potentiels, n'ont pas qualité pour agir); si la demande repose sur une compréhension manifestement erronée des faits ou de la loi et des règlements applicables; ou si elle est infondée ou abusive. Ces questions peuvent être particulièrement importantes dans les systèmes où les mécanismes de recours sont récents et où les fournisseurs ne connaissent peut-être pas encore bien l'étendue de leurs droits de recours. Il est important que l'entité puisse rejeter rapidement une demande, afin de perturber le moins possible le processus de passation et de réduire au maximum les coûts pour toutes les personnes concernées.

14. La décision de rejet peut être contestée en vertu de l'article [63] car, comme il est noté au paragraphe 3 a) de l'article [65], ce rejet vaut décision concernant la demande. Elle permet également de mettre fin à l'interdiction d'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre à l'expiration du délai indiqué à l'article [64], à moins qu'une nouvelle contestation ne soit introduite ou qu'il ne soit fait appel du rejet. Pour permettre l'introduction en temps voulu d'une nouvelle contestation ou d'un appel, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice notifie au demandeur sa décision de rejet et les raisons de cette dernière dans les trois jours à compter de sa saisine.

15. Si l'entité adjudicatrice décide d'examiner plus avant la demande, elle doit déterminer s'il faut suspendre la procédure de passation de marché et, dans l'affirmative, pour quelle durée. Cette suspension vise à préserver les intérêts du demandeur dans l'attente de l'issue de la procédure. L'approche suivie en ce qui concerne la suspension, qui consiste à autoriser l'entité adjudicatrice à trancher en la matière, vise à trouver un équilibre entre le droit du fournisseur ou de l'entrepreneur de voir sa demande examinée et la nécessité pour l'entité de conclure un marché d'une manière économique et efficace sans que le processus de passation du marché ne soit indûment perturbé et retardé.

16. En définissant les pouvoirs conférés à l'entité adjudicatrice en matière de suspension, la Commission a tenu compte du fait qu'une suspension automatique serait une solution peu pratique et rigide et qu'elle risquait de permettre aux fournisseurs de présenter des demandes abusives qui retarderaient inutilement la procédure de passation de marché et pourraient nuire gravement à cette dernière. Cette possibilité permettrait aux fournisseurs de faire pression sur l'entité adjudicatrice pour qu'elle prenne des mesures qui pourraient, quoique involontairement, favoriser indûment le fournisseur concerné. La suspension

automatique pourrait avoir un autre inconvénient, à savoir entraîner une hausse des contestations en général, ce qui perturberait et retarderait le processus de passation.

17. En l'absence de suspension, en revanche, un demandeur n'aurait peut-être pas assez de temps pour demander et obtenir des mesures provisoires. La possibilité d'une suspension augmente les chances de traitement des demandes à un niveau inférieur, sans intervention judiciaire, ce qui favorise un règlement des litiges plus économique et plus efficace.

18. Pour cette raison, l'entité adjudicatrice est libre de décider de suspendre ou non la procédure de passation. Elle prend cette décision en tenant compte tant de la nature de la contestation que du moment où elle est présentée ainsi que des faits et circonstances de la passation en question. Par exemple, une demande de réexamen de certaines conditions de la sollicitation présentée au début de la procédure ne sera peut-être pas de nature à exiger une suspension, même si elle nécessite en fin de compte des mesures correctives mineures; une demande portant sur d'autres conditions exigera peut-être une suspension, lorsqu'il est possible que les mesures correctives entraînent l'annulation de certaines décisions prises et une perte d'argent; à l'autre extrémité, une demande portant sur ces mêmes conditions introduite quelques jours avant la date limite de présentation des soumissions exigerait des mesures très différentes et une suspension serait probablement indiquée. Il incombera au fournisseur concerné d'établir pourquoi une suspension devrait être accordée. Il importe toutefois de noter à cet égard que celui-ci ne sera pas nécessairement en possession de l'intégralité du procès-verbal de la procédure de passation et ne pourra peut-être que décrire sommairement les questions en jeu.

19. Bien que l'article [64] interdise l'entrée en vigueur d'un marché jusqu'à ce qu'une décision relative à la demande ait été prise, il peut aussi être nécessaire de suspendre la procédure de passation, notamment dans les situations visées au paragraphe précédent. En d'autres termes, la suspension de la procédure de passation de marché est une notion plus vaste que l'interdiction énoncée à l'article [64]: elle bloque toute action dans le cadre de la procédure.

20. Une autre approche possible, en particulier si l'entité adjudicatrice manque d'expérience dans le domaine des procédures de contestation, si les décisions dans la procédure de passation concernée ont été prises par une autre instance, ou si l'on souhaite favoriser le règlement rapide des litiges en encourageant vivement les demandeurs à saisir l'entité adjudicatrice en premier lieu, consisterait à réglementer l'exercice par cette dernière de son pouvoir de décider de suspendre ou non la procédure de passation. Les États adoptants qui souhaitent retenir une telle approche voudront peut-être reformuler les dispositions du paragraphe 3 en s'inspirant des paragraphes 3 à 7 de l'article [66].

21. L'objectif général étant de favoriser le règlement efficace des litiges, les dispositions sur la suspension ont également pour objet d'obliger l'entité adjudicatrice à se prononcer rapidement sur l'application ou non d'une suspension. C'est pourquoi elle dispose d'un bref délai, de trois jours ouvrables, pour décider si la procédure de passation doit être suspendue, et pendant combien de temps, et pour notifier sa décision au demandeur et à tous les participants au processus de passation. En cas de suspension, elle n'a pas besoin de motiver sa décision, car ce n'est pas le genre de décisions qu'un demandeur voudra contester. Les mesures de transparence constituent le principal rempart contre une décision de non-suspension

abusive: premièrement, le paragraphe 3 c) ii) exige, en cas de non-suspension de la procédure, que l'entité adjudicatrice indique au demandeur les raisons de sa décision, et deuxièmement, elle doit verser au procès-verbal toutes les décisions prises en relation avec la suspension et les raisons qui les motivent. Ces mesures de protection visent à assurer que la décision de l'entité adjudicatrice puisse elle-même être contestée et examinée (par exemple par l'instance indépendante prévue à l'article [66], ou par les tribunaux).

22. Lorsqu'une entité adjudicatrice n'accorde pas de suspension, le demandeur peut estimer que cette décision laisse augurer de l'issue de son action et que, par conséquent, il vaudrait mieux retirer sa demande auprès de l'entité et engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal (plutôt que de faire appel de la décision de non-suspension auprès de cette instance), comme l'y autorise le paragraphe 4. Une entité adjudicatrice peut estimer que cette possibilité décourage l'examen des demandes avec le sérieux requis par le système. Toutefois, l'introduction d'une demande devant une autre instance ou l'intervention d'un autre organisme de contrôle, qui s'ensuivra probablement, devrait montrer qu'une telle approche est peu judicieuse. Le paragraphe 4 prévoit par ailleurs que, si l'entité adjudicatrice ne respecte pas le délai de notification de trois jours, le demandeur peut engager une procédure devant une instance indépendante ou un tribunal, mesure qui vise aussi à décourager toute manœuvre dilatoire de la part de l'entité. Une fois une telle procédure engagée, cette dernière n'est plus compétente pour connaître de la demande.

23. Les paragraphes 5 à 7 régissent les mesures que l'entité adjudicatrice prend en ce qui concerne la demande qu'elle a décidé d'examiner plus avant. Le paragraphe 5 lui confère une marge d'appréciation importante pour se prononcer sur la demande. Elle peut prendre les mesures correctives suivantes: rectifier la procédure de passation pour la rendre conforme à la législation relative à la passation des marchés, aux règlements en matière de passation des marchés ou à toute autre règle applicable; s'il a été décidé d'accepter une soumission donnée et qu'il ressort qu'une autre soumission aurait dû être acceptée, s'abstenir d'envoyer l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur initialement choisi, et accepter l'autre soumission; ou abandonner la procédure de passation et engager une nouvelle procédure.

24. L'entité adjudicatrice doit rendre sa décision et la communiquer au demandeur et à tous les participants à la procédure de contestation et à la procédure de passation de marché suivant les modalités exigées par le paragraphe 6. L'État adoptant est invité à indiquer le nombre approprié de jours ouvrables dans lesquels la décision doit être rendue. Ce délai devrait concilier la nécessité d'un examen approfondi des questions soulevées et celle d'un règlement rapide de la demande de réexamen, pour permettre la poursuite de la procédure de passation.

25. S'il n'est pas possible de trancher rapidement, un recours quasi judiciaire ou judiciaire sera peut-être préférable. C'est pourquoi, si la décision n'est pas communiquée en temps voulu, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision, le paragraphe 7 l'autorise à engager une procédure en révision ou un appel en vertu de l'article [66] ou une procédure devant le tribunal, selon qu'il convient.

26. Le paragraphe 8 prévoit des mécanismes de transparence supplémentaires. Toutes les décisions de l'entité adjudicatrice doivent être écrites, indiquer la ou les

mesures prises et préciser les raisons qui les motivent, à la fois pour améliorer la compréhension et, partant, contribuer à prévenir de nouveaux litiges, et pour faciliter toute autre contestation ou tout appel ultérieur. Bien que, dans certains systèmes, le silence de l'entité adjudicatrice puisse être interprété comme un rejet de la demande, les dispositions exigent une décision écrite à titre de bonne pratique. La demande et toutes les décisions doivent également être versées au procès-verbal. Il découle de cette disposition que ces documents (sous réserve des restrictions en matière de confidentialité prévues à l'article [24]) seront mis à la disposition du public conformément aux dispositions de l'article [24].

27. Si l'État adoptant prévoit que certains actes de l'entité adjudicatrice doivent être soumis à la décision d'une autorité de tutelle [renvoyer au commentaire approprié], il devra veiller à inclure dans cet article une disposition appropriée pour permettre à l'autorité concernée de recevoir une demande de réexamen et toutes les informations relatives à la procédure de contestation en question.

Article [66]. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante

1. L'article 66 régit les procédures de révision et d'appel devant une instance indépendante. La Loi type entend faire en sorte que l'État adoptant confère l'ensemble des pouvoirs énoncés dans cet article tout en admettant des dérogations, qui sont décrites dans les notes de bas de page. Ces pouvoirs doivent former un tout pour garantir l'efficacité du système.

2. Une note de bas de page accompagnant l'article 66 indique que les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif ou quasi judiciaire contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre cet article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (article [69]) en sus du système d'examen par les pairs établi à l'article [65], à condition que les États adoptants prévoient un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit conformément aux exigences de la Convention contre la corruption. Les États où les tribunaux judiciaires assurent déjà efficacement la fonction d'instance indépendante de recours n'auront probablement guère avantage à introduire une voie supplémentaire de recours; le système d'examen par les pairs au sein de l'entité adjudicatrice peut néanmoins être utile pour faciliter le règlement rapide des litiges.

3. Dans certains systèmes juridiques qui prévoient à la fois un recours administratif ou quasi judiciaire et un recours judiciaire, soit la procédure judiciaire peut être engagée alors que la procédure quasi judiciaire est toujours en cours ou inversement, soit elle ne peut l'être qu'après épuisement des autres voies de recours. Il se peut que certains des États concernés aient déjà établi des règles sur ces questions qui guideront les parties à une procédure de recours. Dans le cas contraire, les États souhaiteront peut-être établir ces règles par voie législative ou réglementaire. La Loi type, qui ne régit pas les procédures judiciaires, n'aborde pas la question. À cet égard, elle ne vise pas à encourager l'introduction de demandes multiples. Ses dispositions ont pour objet de permettre aux États adoptants de régler la question en suivant leur tradition juridique.

4. L'État adoptant qui souhaite mettre en place un mécanisme de recours administratif ou quasi judiciaire devra déterminer à quelle instance il conviendrait de confier cette fonction: à savoir soit une instance existante soit une nouvelle

instance qu'il créera. Il peut s'agir, par exemple, d'un organe exerçant une supervision et un contrôle généraux sur les marchés publics, un organe dont la compétence n'est pas limitée aux questions de passation des marchés [par exemple, l'organe qui exerce une supervision et un contrôle financiers sur les opérations du gouvernement et de l'administration (le champ de la procédure de recours ne devrait toutefois pas être limité à des questions de supervision et de contrôle financiers)], ou un organe administratif spécial ayant pour compétence exclusive le règlement des litiges relatifs à des questions de passation des marchés.

5. Il importe que l'instance de recours soit, comme son nom l'indique, indépendante de l'entité adjudicatrice et protégée de toute pression politique. En ce sens, un organe administratif qui, dans la Loi type incorporée par l'État, a compétence pour approuver certains actes, décisions ou procédures de l'entité adjudicatrice, ou pour donner à cette dernière un avis sur les procédures, ne sera pas indépendant. Les États souhaiteront en outre examiner, en particulier, si l'instance devrait comprendre ou être constituée d'experts externes indépendants des pouvoirs publics. L'indépendance est également importante pour des raisons pratiques: si la décision de l'instance de recours n'est pas prise en toute indépendance, elle risque d'être contestée devant les tribunaux judiciaires, ce qui perturbera le processus de passation pour un long moment.

6. Le paragraphe 1 est rédigé de manière à conférer une large compétence à l'instance indépendante. Le fournisseur peut saisir initialement cette instance d'une demande en révision. En outre, s'il n'est pas satisfait d'une décision prise par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article [65], il a la possibilité de faire appel de cette décision ou d'engager une nouvelle procédure devant l'instance indépendante; il peut prendre l'une ou l'autre mesure dans les cas où l'entité adjudicatrice ne rend pas sa décision comme l'exige l'article [65-3, 6 ou 8]. Ce paragraphe est donc une des dispositions clefs visant à donner effet à la Convention contre la corruption, qui exige un système de recours efficace, comprenant un mécanisme d'appel.

7. Le paragraphe 2 fixe les délais pour la formation des demandes en révision et des appels. Son alinéa a) traite des recours relatifs aux conditions de la sollicitation et à d'autres questions se posant avant la présentation des soumissions et prévoit le même délai que celui qui s'applique à la procédure de recours devant l'entité adjudicatrice et sur lequel le paragraphe [4] du commentaire accompagnant l'article [65] ci-dessus donne des précisions.

8. Le paragraphe 2 b) i) prévoit que les demandes en révision des autres décisions ou actes pris dans la procédure de passation sont présentées avant la fin du délai d'attente prescrit à l'article [21-2], si un tel délai a été appliqué. Le paragraphe 2 b) ii) dispose que, à défaut de délai d'attente (soit que l'autorité adjudicatrice soit autorisée par l'article [21-3] à ne pas l'appliquer soit qu'elle n'ait pas respecté l'obligation de l'appliquer), les demandes doivent être présentées dans un nombre déterminé de jours ouvrables à compter du moment où le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance des circonstances qui motivent sa demande. Pour éviter que ne se prolonge indéfiniment la période pendant laquelle des demandes en révision pourront être formées dans ces cas, les dispositions fixent également un délai maximum absolu – à savoir un nombre déterminé de jours après l'entrée en vigueur du marché. Il est nécessaire de fixer un tel délai définitif pour établir un équilibre entre le droit des fournisseurs de faire respecter l'intégrité du processus et la nécessité pour le marché de continuer à être exécuté sans interruption. Il est

également reconnu que la plupart des États fixent un délai de prescription en matière civile. Le délai maximum absolu peut être exprimé en semaines ou en mois, plutôt qu'en jours ouvrables, si cette solution convient mieux. Les États adoptants sont invités à déterminer ces deux délais en tenant compte de leurs propres besoins.

9. En ce qui concerne le premier délai visé au paragraphe 2 b) ii), le texte de la Loi type de 1994 prévoit 20 jours et l'[AMP révisé] un minimum de 10 jours. Les États adoptants voudront peut-être s'inspirer de ces dispositions lorsqu'ils détermineront le délai qui conviendrait pour leur législation interne. Pour ce qui est du second délai visé dans ce paragraphe 2 b) ii), l'avis d'attribution du marché devant être publié conformément à l'article [22] attirera probablement l'attention du demandeur sur les circonstances en question dans de nombreux cas, mais pas nécessairement dans tous. Par exemple, les raisons qui motivent la non-application d'un délai d'attente peuvent aussi justifier qu'il soit fait exception à l'obligation de publier l'avis d'attribution, notamment lorsque la confidentialité est invoquée pour protéger des intérêts nationaux essentiels de l'État. Il a donc été décidé de ne pas prendre la publication de l'avis d'attribution du marché comme point de départ pour le calcul du délai maximum car l'avis ne sera pas toujours publié, mais de se référer plutôt à l'entrée en vigueur du marché.

10. Comme à l'article [65], les dispositions ne parlent pas de la compétence de l'instance indépendante pour examiner les recours contre les décisions d'abandon de la passation. En effet, la Commission a décidé, comme l'indique le paragraphe [6] du commentaire relatif à l'article [65], que ces recours relevaient de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires.

11. Le paragraphe 2 c) autorise un fournisseur à demander à l'instance indépendante d'examiner une demande en révision formée après la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article [21-2] au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Les États adoptants devront définir le délai absolu de présentation de ces demandes tardives, lequel devrait être aligné sur le délai définitif devant être établi au paragraphe 2 b) ii). Il revient à l'instance indépendante de décider si des considérations importantes d'intérêt général se posent effectivement et justifient l'examen de ces demandes. S'agissant du type de questions qui devraient autoriser un tel examen après la fin du délai d'attente, les États adoptants noteront peut-être que la plus fréquente est la découverte d'irrégularités frauduleuses ou d'actes de corruption. L'État adoptant voudra établir des règles ou des directives sur ces points. L'élément discrétionnaire de cette disposition n'interdit pas complètement à l'instance indépendante d'examiner ce type de demande. Ces demandes peuvent également être soumises directement aux tribunaux judiciaires sous réserve de respecter le délai de prescription normal dans l'État concerné. Cette disposition est importante en particulier lorsque les garanties normales de transparence prévues dans la Loi type ne s'appliquent pas.

12. Le paragraphe 2 d) fixe le délai pour soumettre les appels contre une décision rendue par l'entité adjudicatrice ou les demandes en révision motivées par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article [65]. Lorsqu'ils fixeront ce délai, les États adoptants devront là encore déterminer le nombre de jours ouvrables applicable à compter du moment où le fournisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance des circonstances motivant son appel ou sa demande en révision. Les États souhaiteront faire en sorte de bien aligner tous les délais

qu'ils devront déterminer, tant dans le chapitre VIII qu'en ce qui concerne le délai d'attente prévu à l'article [21-2].

13. Les paragraphes 3 et 4 concernent les questions de suspension. Les principales considérations de principe soulevées par les suspensions sont examinées aux [paragraphes [15 à 21] du commentaire se rapportant à l'article [65]] et valent également ici.

14. Le paragraphe 3 délimite le pouvoir discrétionnaire général qui devra être accordé à l'instance indépendante pour ordonner la suspension de la procédure de passation. Ce pouvoir est soumis à l'obligation de suspendre la procédure de passation dans les cas énumérés au paragraphe 4. Dans tous les autres cas qui ne sont pas visés au paragraphe 4, l'instance indépendante peut ordonner la suspension aussi longtemps qu'elle le juge nécessaire pour protéger les intérêts du fournisseur qui a présenté la demande en révision ou l'appel; elle peut également lever ou prolonger toute suspension accordée; et peut exercer ces pouvoirs à tout moment durant la procédure de recours dont elle est saisie. Étant donné que, dans certains États, l'instance indépendante disposera peut-être de pouvoirs limités concernant les marchés ou les accords-cadres qui sont entrés en vigueur, les dispositions de l'alinéa b) (comme toutes les autres dispositions de l'article qui se réfèrent aux marchés ou aux accords-cadres entrés en vigueur) sont accompagnées d'une note de bas de page indiquant qu'elles sont facultatives.

15. Le paragraphe 4 mentionne deux cas dans lesquels la procédure de passation de marché doit être généralement suspendue. On considère que ces deux situations font peser une menace particulièrement grave sur l'intégrité du processus de passation.

16. Dans le paragraphe 4 a), l'instance indépendante doit ordonner la suspension de la procédure de passation pour une durée de 10 jours ouvrables lorsque la demande en révision ou l'appel est reçu avant la date limite de présentation des soumissions. Cette disposition vise dans une large mesure à permettre l'examen de ces recours avant la réception des soumissions, moment où il est plus facile de prendre des mesures correctives. Dans ces cas, l'instance indépendante peut souhaiter prendre des mesures telles que la prorogation de la date limite de présentation des soumissions, et d'autres mesures correctives concernant les conditions de la sollicitation, de la préqualification ou de la présélection.

17. Le paragraphe 4 b) régit les cas où aucun délai d'attente n'a été appliqué et où le recours est reçu après la date limite de présentation des soumissions. Le texte ne fixe aucune durée, car il se peut que celle-ci varie en fonction des circonstances. Le recours pouvant être reçu après l'entrée en vigueur du marché, l'instance indépendante se voit accorder le pouvoir facultatif de suspendre l'exécution du marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas.

18. Dans chaque cas visé par les paragraphes 3 et 4, la suspension est présumée mais non automatique, en ce que l'instance indépendante peut décider que des considérations urgentes d'intérêt général justifient la poursuite du marché ou de l'accord-cadre. Il s'agit là du même critère que celui qui s'applique à l'article [64-3] (dans lequel l'entité adjudicatrice peut demander la levée de l'interdiction de conclure le marché ou l'accord-cadre). Les États adoptants devraient veiller à ce que des orientations appropriées soient fournies sur les circonstances pouvant justifier une telle décision. Ces circonstances pourraient notamment être les suivantes:

catastrophes naturelles, urgences et situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice ou d'autres parties intéressées risquent de subir un préjudice disproportionné. Les règles procédurales applicables à l'instance indépendante pourraient autoriser cette dernière à se renseigner auprès de l'entité adjudicatrice si elle doit rendre sa décision de suspension avant que l'entité ne lui remette l'intégralité des documents se rapportant à la procédure de passation de marché (comme l'exige le paragraphe 8 de cet article).

19. En tout état de cause, l'instance indépendante devrait songer qu'une suspension pourrait en définitive se révéler moins néfaste pour le processus de passation car elle éviterait d'avoir à anéantir certaines mesures prises durant ce processus si une décision de l'entité adjudicatrice devait être infirmée ou corrigée. Il faudrait en outre assurer un degré adéquat d'incitation à former des recours, la possibilité d'une suspension étant dans ce cas un aspect important.

20. Afin de limiter l'effet potentiellement perturbateur d'une demande en révision ou d'un appel, les paragraphes 5 et 6 visent ensemble à obliger l'instance indépendante à entreprendre un examen initial de la demande ou de l'appel formé, examen qui est semblable à celui prévu au paragraphe 3 de l'article [65], sur lequel des précisions sont fournies dans le commentaire se rapportant à ce paragraphe (paragraphes [13 à 22] du commentaire relatif à l'article [65]). Cet examen initial permet à l'instance indépendante d'évaluer la demande rapidement pour déterminer de prime abord si elle devrait l'examiner plus en détail.

21. Le paragraphe 5 exige de l'instance indépendante qu'elle notifie rapidement la demande en révision ou l'appel, ainsi que l'essentiel de son contenu, à l'entité adjudicatrice et à tous les participants à la procédure de passation de marché dont elle connaît l'identité. Elle n'est pas tenue d'aviser d'autres entités dont les intérêts pourraient être affectés par la demande ou l'appel (par exemple d'autres entités publiques) mais doit publier un avis concernant cette demande ou cet appel de sorte que ces entités puissent prendre des mesures pour protéger leurs intérêts si cela est nécessaire. Comme on l'a vu pour la procédure de recours devant l'entité adjudicatrice, ces mesures pourraient consister à intervenir dans la procédure de recours en vertu de l'article [67], à demander la levée de toute suspension qui a été appliquée et à prendre d'autres dispositions prévues dans les règlements ou les règles de procédure applicables.

22. L'instance indépendante doit également se prononcer sur la suspension et aviser toutes les personnes concernées de sa décision (en indiquant le cas échéant la durée de la suspension). En cas de non-suspension, elle doit également communiquer les raisons de sa décision au demandeur ou à l'appelant (de manière à faciliter tout appel contre cette décision) ainsi qu'à l'entité adjudicatrice.

23. Le pouvoir de rejeter la demande en révision ou l'appel prévu au paragraphe 6 est similaire à celui conféré à l'entité adjudicatrice par l'article [65], comme il est indiqué au paragraphe [13] du commentaire relatif à cet article. Les mêmes exigences de transparence concernant la notification de la décision motivée s'appliquent comme à l'article [65].

24. Comme dans le cas des demandes de réexamen soumises à l'entité adjudicatrice, l'instance indépendante doit, au paragraphe 7, notifier les mesures prises en application des paragraphes 5 et 6 dans un délai de trois jours ouvrables après avoir reçu la demande en révision ou l'appel. L'effet de ces notifications

variera en fonction des décisions notifiées. On notera cependant que l'instance indépendante peut exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle suspende la procédure de passation de marché.

25. Le paragraphe 8 prévoit que l'entité adjudicatrice doit fournir à l'instance indépendante tous les documents se rapportant à la procédure de passation de marché, sous réserve des règles de confidentialité prévues aux articles [23 et 24], en particulier des interdictions de divulgation de certaines informations, que les autorités compétentes mentionnées par les États adoptants dans ces dispositions peuvent néanmoins lever. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir des règles ou des directives de sorte que ni la procédure de passation ni la procédure de révision ou d'appel ne soient trop perturbées, en mettant en place des moyens sûrs et efficaces de transmettre lesdits documents.

26. Le paragraphe 9 énumère les mesures que l'instance indépendante peut prononcer dans le cadre de la Loi type en réponse à une demande en révision ou à un appel qu'elle a décidé d'examiner plus avant. Il admet que des différences existent entre les systèmes juridiques nationaux en ce qui concerne la nature des mesures que les instances de recours quasi judiciaires sont habilitées à ordonner. Lorsqu'ils incorporent la Loi type, les États sont encouragés à adopter l'ensemble des pouvoirs qui, dans leur système juridique, peuvent être accordés à une instance indépendante de recours, de sorte à mettre en place un système de recours efficace comme l'exige la Convention contre la corruption. Les dispositions ont pour but de permettre à l'instance de prendre une décision appropriée sur une demande ou un appel (y compris, lorsque les circonstances l'exigent, de rejeter la demande). Dans ce contexte, toute suspension en cours d'application au moment où l'instance se prononce sur la demande ou sur l'appel doit également être levée ou prorogée si elle le juge nécessaire.

27. Certaines dispositions apparaissent entre parenthèses dans ce paragraphe lorsqu'elles sont facultatives et qu'elles peuvent être modifiées en fonction de la situation de l'État adoptant concerné. Par exemple, les alinéas c) et e) autorisent l'instance indépendante à annuler les actes et décisions de l'entité adjudicatrice, y compris l'attribution d'un marché. Le terme "annuler" employé dans ces dispositions n'emporte aucune conséquence particulière (il n'est pas nécessaire de considérer que la décision ou l'acte en question est privé d'effet) de sorte que l'État adoptant puisse lui-même prévoir les conséquences appropriées compte tenu de sa tradition juridique. Les notes de bas de page qui accompagnent ces alinéas ainsi que l'alinéa d) indiquent toutefois que lorsque l'instance indépendante ne peut être habilitée à annuler un marché ou à substituer sa propre décision à celle de l'entité adjudicatrice, une autre possibilité serait de lui permettre de casser la décision de l'entité adjudicatrice de sorte que cette dernière soit obligée de prendre une autre décision en tenant compte de la décision de l'instance indépendante.

28. Les mesures correctives devraient être considérées comme les mesures les plus importantes et les plus souhaitables, ce qui est le cas dans l'AMP. Le règlement rapide des litiges par des mesures correctives réduit la nécessité d'une réparation pécuniaire, laquelle peut néanmoins en partie remédier à la situation dans un cas donné, par exemple lorsque le marché est entré en vigueur mais qu'il ne serait pas bon d'en empêcher l'exécution. Un système qui ne prévoirait aucun dédommagement (en dehors des frais de saisine) ne permettra donc pas de remédier à toutes les situations, si bien que la question de la réparation pécuniaire devrait être

prise en compte dans l'objectif plus vaste de mise en place d'un système de recours efficace.

29. Le paragraphe 9 h) prévoit par conséquent un dédommagement et propose deux possibilités à l'État adoptant. Dans la première possibilité, c'est-à-dire si le texte entre parenthèses est conservé, un dédommagement peut être exigé pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé le recours du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale lors de la procédure de passation du marché. Ces dépenses n'incluent pas le manque à gagner subi du fait de la non-acceptation d'une offre, d'une proposition ou d'un prix du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant le recours. Dans la seconde possibilité, les types de pertes susceptibles de donner lieu à réparation (si les dispositions sont incorporées sans le texte entre parenthèses) sont plus nombreux et pourraient inclure les pertes futures, ainsi que le manque à gagner, le cas échéant. Les États adoptants souhaiteront examiner comment leur système juridique traite le préjudice purement économique afin que le calcul du dédommagement soit cohérent dans l'ensemble du système (par exemple, il faudrait déterminer si le dédommagement devrait porter sur le fait que le fournisseur a été privé d'une chance de remporter le marché et dans quelle mesure le demandeur devrait être tenu de prouver qu'il aurait gagné ce marché pour pouvoir prétendre à un dédommagement). La possibilité d'un dédommagement risquant d'encourager les demandes infondées et de perturber le processus de passation, il serait utile, lorsque le système de recours quasi judiciaire en est à ses débuts, d'assurer un degré adéquat d'incitation à présenter des demandes tout en revoyant le mécanisme à mesure que le système murit. L'État adoptant voudra peut-être aussi contrôler le risque d'abus si le pouvoir d'octroyer des dédommagements est détenu par une petite entité ou par quelques personnes[2].

30. Le paragraphe 10 fixe le délai maximum dans lequel l'instance indépendante doit se prononcer sur la demande en révision ou l'appel qu'elle a examiné en détail. Il exige également que cette décision soit rapidement notifiée à toutes les personnes concernées. Avec le paragraphe 11, lequel exige que toutes les décisions prises par l'instance indépendante pendant la procédure de révision ou d'appel soient écrites, complètes, motivées et versées au procès-verbal de la procédure de passation, le paragraphe 10 pose une règle de transparence importante, qui vise également à offrir des voies de contestation et d'appel efficaces et à permettre aux fournisseurs lésés d'engager d'autres actions devant les tribunaux judiciaires si nécessaire. Les paragraphes 10 et 11 sont semblables aux paragraphes 6 et 8 de l'article [65]; les points examinés aux paragraphes [24] et [26] du commentaire relatif à l'article [65] valent également ici.

31. L'examen des preuves et les modalités de cet examen (par exemple, avec tenue ou non d'une audience) sont des facteurs importants qui déterminent la durée nécessaire de la procédure administrative ou quasi judiciaire et dépendront de la tradition juridique de l'État adoptant concerné. Si l'État adoptant n'a pas déjà prévu de règles détaillées pour les procédures de recours administratif ou quasi judiciaire, il peut les établir dans la loi ou dans les règlements en matière de passation des

---

[2] Le Groupe de travail a exprimé le souhait que le Guide examine la quantification des dépenses. Il voudra peut-être communiquer au Secrétariat les paramètres de cet examen.

marchés pour y traiter notamment de la conduite de la procédure de recours, des modalités de présentation des demandes et des questions de preuve.

Article [67]. Droits des participants à une procédure de contestation ou d'appel

1. Le paragraphe 1, en se référant à tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marché de même qu'à toute autorité publique dont les intérêts pourraient être affectés par la demande ou l'appel, établit un large droit de participation à la procédure de contestation ou d'appel, qui ne se limite pas au seul demandeur ou au seul appelant. Ce droit de participation vise à établir un juste équilibre entre la nécessité d'un recours efficace et celle de ne pas trop perturber le processus, ainsi qu'on l'a vu pour le droit général de recours décrit dans le commentaire relatif à l'article [64] ci-dessus. Il peut être exercé à condition que le fournisseur ou l'entrepreneur, ou un autre participant potentiel, soit en mesure de démontrer que la contestation ou l'appel peut affecter ses intérêts.

2. Dans ce contexte, les "participants à une procédure de contestation ou d'appel" peuvent varier, en fonction du moment où est formé le recours et de l'objet de ce recours. Il peut même s'agir d'autres entités publiques, par exemple des entités du secteur public qui entendent utiliser un accord-cadre ou toute autorité de tutelle ayant participé à la passation en cause. Par fournisseurs ou entrepreneurs "participant à la procédure de passation de marché", il faut entendre tous ceux qui restent en compétition pendant la procédure, mais non ceux qui ont été éliminés lors de la préqualification ou d'une étape similaire au début de la procédure, sauf si la contestation ou l'appel vise la décision ou l'acte pris par l'entité adjudicatrice lors de cette étape.

3. Le paragraphe 2 consacre le droit de l'entité adjudicatrice de participer à la procédure de contestation ou d'appel devant une instance indépendante.

4. Le paragraphe 3 énonce les droits fondamentaux des participants à la procédure de contestation ou d'appel. Le plus important d'entre eux est le droit d'être entendu, d'avoir accès à l'ensemble de la procédure et de présenter des preuves. Ces droits sont conférés à ceux qui se trouvent mentionnés aux paragraphes 1 et 2 de l'article mais non à quiconque assisterait à une audience publique (par exemple des journalistes). L'instance indépendante peut donner accès au dossier de la procédure de contestation ou d'appel (qui, selon l'article [66-8], contient le procès-verbal de la procédure de passation de marché). Les participants à la procédure devront démontrer en quoi les documents auxquels ils demandent l'accès présentent un intérêt pour eux: cette mesure permet à l'instance indépendante de garder le contrôle effectif de la procédure et d'empêcher les tentatives de pêche aux informations. L'accès au dossier est également soumis aux règles de confidentialité énoncées à l'article [68]. Des règles procédurales rigoureuses seront nécessaires pour que, dans chaque procédure, les questions soient examinées au niveau de détail approprié et avec rapidité.

Article [68]. Confidentialité dans une procédure de contestation ou d'appel

L'article a été inclus dans le chapitre VIII pour appliquer les principes de confidentialité énoncés dans l'article 23 aux procédures de contestation et d'appel, et en particulier aux procédures de révision et d'appel devant l'instance indépendante (auxquelles ne s'applique pas l'article [23]).

Article [69]. Recours judiciaire

[1. Il faudra compléter cette section. On trouvera ici les passages du Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1994 qui sont consacrés à un article équivalent, ainsi que les commentaires du Groupe de travail sur la portée du recours judiciaire et une note de bas de page accompagnant l'article 69 du projet de loi type révisée.

2. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type de 1994 contient le commentaire suivant sur l'article 57 intitulé "Recours judiciaire":

> "L'objet de l'article n'est pas de limiter ou de déplacer le droit à un recours judiciaire que peuvent octroyer d'autres règles juridiques applicables. Il vise simplement à confirmer ce droit et à donner compétence au tribunal ou aux tribunaux spécifiés pour connaître des actions intentées conformément à l'article 52. Il s'agit notamment d'appels contre les décisions rendues par des instances de recours en application des articles 53 et 54, ou contre le fait que ces instances n'aient pas agi. Les aspects de procédure et autres du recours judiciaire, y compris les réparations pouvant être accordées, seront régis par la loi applicable à la procédure judiciaire, qui régira la question de savoir si, dans le cas d'un appel contre une décision rendue par une instance de recours en application des articles 53 ou 54, le tribunal doit examiner depuis le début l'aspect de la procédure de passation du marché faisant l'objet de la réclamation ou se limiter à examiner la légalité ou la pertinence de la décision rendue par l'instance de recours. L'approche minimale de l'article 57 a été retenue afin de ne pas empiéter sur les lois et procédures nationales relatives à la procédure judiciaire."

3. Les commentaires du Groupe de travail sur les dispositions de la Loi type révisée concernant le recours judiciaire figurent dans la note 43 du document A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.8. On peut les résumer comme suit:

> "La Loi type ne cherche pas à empiéter sur les prérogatives des tribunaux, qui sont régis ou devraient l'être par un ensemble de règles distinct dans les États adoptants. Elle ne cherche pas non plus à restreindre les pouvoirs plus larges que la législation des États adoptants peut conférer aux tribunaux, par exemple le pouvoir d'accorder réparation pour tout préjudice éventuel ou des mesures provisoires, y compris dans le cadre d'un marché signé dont l'exécution a commencé, si le système juridique le permet.
>
> La Loi type ne traitant pas du recours judiciaire mais se limitant à en poser le cadre et à encourager les États adoptants à habiliter les tribunaux judiciaires à prononcer toutes les mesures qui s'offrent à l'instance de recours quasi judiciaire, l'article 66 n'aborde pas la question de la suspension ordonnée par un tribunal, qui peut être prévue par la loi applicable."

4. La note de bas de page accompagnant l'article [69] de la Loi type révisée est la suivante:

> "Les États peuvent prévoir un mécanisme d'appel judiciaire ou un mécanisme d'appel administratif, ou encore les deux, en fonction de leur système juridique. Les États qui prévoient uniquement une voie de recours judiciaire contre les décisions de l'entité adjudicatrice devraient mettre en place un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et

procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Pour être efficace, un système de recours judiciaire doit faire en sorte en particulier: i) que les délais de recours ou d'appel contre les décisions de l'entité adjudicatrice ou de l'instance indépendante, selon le cas, soient adaptés au contexte de la passation de marché et notamment que les dispositions de la présente Loi sur le délai d'attente soient prises en compte; ii) que le ou les tribunaux compétents aux fins de l'article 63 puissent prendre une ou plusieurs des mesures prévues à l'article 66-9 de la présente Loi et prononcer les mesures provisoires qu'ils jugent nécessaires pour un recours efficace, y compris une mesure de suspension de la procédure de passation, de l'exécution du marché ou du fonctionnement de l'accord-cadre, selon le cas; et iii) que les garanties minimales prévues aux articles 67 et 68 de la présente Loi concernant la participation à la procédure de contestation ou d'appel, la présentation des preuves et la protection des informations confidentielles dans le contexte de la passation soient en place."]

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II et IV de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à l'appel d'offres restreint et à la demande de prix.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent l'appel d'offres restreint et la demande de prix.]

...

A. Commentaire concernant l'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"**Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint...)**

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres restreint conformément à l'article 44 de la présente Loi lorsque:

a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 1 de cet article énonce les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint. Il vise à permettre à l'entité adjudicatrice, dans des cas exceptionnels, de ne solliciter la participation que d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs. Ces cas exceptionnels sont ceux où l'objet du marché, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple, du matériel pour centrales nucléaires) et ceux où le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à l'objet du marché (par exemple, des services de nettoyage ordinaires). Exiger un appel d'offres ouvert dans de tels cas serait déplacé.

2. Bien que le recours à l'appel d'offres restreint soit soumis à des garanties de transparence, un avis préalable de passation de marché étant exigé en vertu des dispositions de [l'article 33-5], et que certaines procédures applicables à l'appel d'offres ouvert s'appliquent également à l'appel d'offres restreint en vertu de l'article 44, des conditions d'utilisation strictes et précises ont été prévues en ce qui concerne l'appel d'offres restreint. Se fondant sur l'idée qu'une utilisation inappropriée compromettrait fondamentalement les objectifs de la Loi type, ces conditions strictes cherchent à éviter d'encourager l'utilisation de cette méthode. Dans les conditions visées au paragraphe 1 a) en particulier, l'appel d'offres ouvert avec préqualification permettra d'atteindre avec une plus grande transparence les mêmes objectifs que l'appel d'offres restreint. L'utilisation de l'appel d'offres restreint pour les motifs indiqués au paragraphe 1 b) devrait diminuer avec l'utilisation de la passation de marchés en ligne: de nombreuses étapes du processus peuvent être automatisées dans une large mesure, ce qui permet de gagner du temps et de diminuer les coûts.

3. Les deux conditions d'utilisation de cette méthode énoncées au paragraphe 1 confèrent à l'entité adjudicatrice une grande latitude pour ce qui est de la sollicitation: dans le premier cas, en ce qui concerne l'existence d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs pouvant fournir l'objet du marché, sous réserve toutefois que d'autres fournisseurs pourraient vouloir participer après la publication d'un avis, point examiné plus en détail ci-après. Dans le second cas, l'entité adjudicatrice a le pouvoir de déterminer le nombre maximum d'offres évaluées afin que le coût et la durée de l'évaluation soient proportionnels à la valeur du marché. Cette méthode comporte donc nécessairement une certaine subjectivité et donc un risque d'abus.

4. Lorsqu'elle se fonde sur le motif énoncé au paragraphe 1 a), l'entité adjudicatrice doit tenir compte des dispositions de l'article 33-5, qui exige un avis préalable de passation de marché précisant notamment les principales conditions du marché et la méthode de passation choisie. La justification de l'utilisation de l'appel d'offres restreint doit figurer dans le procès verbal, comme l'exige la Loi type (voir par. [9] ci-après) et être suffisamment détaillée pour que la décision puisse être supervisée ou contestée le cas échéant. Elle ne doit cependant pas figurer dans l'avis (on évitera ainsi les résumés imprécis et les avis trop longs). (Voir aussi les indications concernant l'article 24, qui expliquent comment le fournisseur souhaitant contester le choix de la méthode de passation peut prendre connaissance de la justification dans le procès-verbal.)

5. Si dans les conditions visées au paragraphe 1 a) des fournisseurs ou entrepreneurs demandent à l'entité adjudicatrice l'autorisation de soumettre une offre en réponse à cet avis, cette possibilité doit leur être accordée à moins qu'ils soient disqualifiés (s'il y a eu préqualification) ou ne respectent pas les conditions de l'avis de passation (par exemple, la déclaration visée à l'article 8 de la Loi). Cette exigence est conforme à l'article 33-1 a), selon lequel des offres doivent être sollicitées de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu.

6. L'entité adjudicatrice jouit d'une plus grande latitude si elle recourt à l'appel d'offres restreint pour le motif visé au paragraphe 1 b), c'est-à-dire dans le cas où le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché. Dès lors qu'elle a déjà choisi de manière objective suffisamment de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective, elle peut alors ne pas examiner les demandes d'autorisation à soumettre une offre reçues d'autres fournisseurs ou entrepreneurs répondant à l'avis publié conformément à l'article 33-5. Dans la pratique, l'objectivité du choix peut être assurée par diverses méthodes, notamment par tirage au sort ou tirage aléatoire, comme le précisent les indications concernant l'article [33-1], mais il convient de mettre en place des mesures de contrôle pour garantir l'objectivité de la sélection, surtout si des procédures répétées sont envisagées.

7. Les modalités de la sélection des fournisseurs, le choix de la méthode de passation et les conditions de la sollicitation, entre autres, peuvent être contestés en vertu du chapitre VIII de la Loi type. Lorsqu'elle se fonde sur les motifs visés au paragraphe 1 b), l'entité adjudicatrice doit donc examiner avec soin la question de savoir si le but recherché – économiser du temps et de l'argent – sera atteint en ce qui concerne la passation concernée. Il importe de noter que la contestation ne peut porter que sur le caractère discriminatoire allégué des modalités de sélection: le fournisseur ne peut contester l'exclusion en tant que telle. S'il s'agit de procédures répétées et qu'un même groupe restreint est choisi à plusieurs reprises, il sera peut-être plus facile de démontrer un manque d'objectivité. En cas d'achats répétés, l'entité adjudicatrice doit prendre particulièrement garde à se montrer objective dans le choix des fournisseurs invités à participer (ou peut-être envisager de recourir à un instrument tel que l'accord-cadre).

8. Il convient également de lire les dispositions du paragraphe 1 b) conjointement avec l'article 12 de la Loi type contenant les règles sur l'estimation de la valeur d'un marché. Cet article comporte des garanties essentielles contre le fractionnement artificiel de l'objet du marché aux fins, par exemple, de justifier le recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés au paragraphe 1 b), c'est-à-dire que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

9. L'article 27-3, lu conjointement avec les dispositions de l'article 24-1 e), impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier de recourir à l'appel d'offres restreint plutôt qu'à l'appel d'offres ouvert.

On trouvera à la section A.5 ci-après un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

"**Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint...**

1. a) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées à l'article 28-1 a) de la présente Loi, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons indiquées à l'article 28-1 b) de la présente Loi, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective."

Commentaire proposé:

10. Le paragraphe 1 énonce les conditions minimales de la sollicitation pour ce qui est de l'appel d'offres restreint. Celles-ci visent à réaliser l'objectif de l'article 28-1, à savoir limiter l'utilisation de l'appel d'offres restreint à des cas véritablement exceptionnels tout en maintenant un degré de concurrence approprié. Elles renvoient spécifiquement aux deux cas exceptionnels décrits dans les conditions d'utilisation à l'article 28-1. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés à l'article 28-1 a), c'est-à-dire dans le cas où l'objet du marché, de par sa nature techniquement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché qui fera l'objet de la passation doivent être invités à participer. Lorsque le motif invoqué est celui visé à l'article 28-1 b), à savoir que le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, les fournisseurs et entrepreneurs doivent être invités de manière non discriminatoire et en nombre suffisant pour assurer une concurrence effective. Cette exigence de sélection non discriminatoire suppose que le public ait été informé préalablement, conformément au paragraphe 5 du présent article, non seulement de la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à l'appel d'offres restreint mais aussi du nombre maximum de participants qui seront retenus et des modalités de sélection (par exemple, par tirage au sort ou tirage aléatoire, ou selon l'ordre de présentation des offres jusqu'au maximum annoncé – voir aussi les paragraphes [5 à 7] ci-dessus).

3. Avis préalable de passation de marché

Disposition pertinente de la Loi type révisée:

"**Article 33. ... Exigence d'un avis préalable de passation de marché**

…

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l'avis doit être publié). L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et

d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b)."

Commentaire proposé en ce qui concerne l'appel d'offres restreint[1]:

11. Le paragraphe 5 vise à promouvoir la transparence et la responsabilité en ce qui concerne la décision de recourir à [l'appel d'offres restreint] en exigeant qu'un avis de passation de marché soit publié dans un média que l'État spécifie dans sa législation sur la passation de marchés. Est également pertinente à cet égard la règle énoncée à l'article 27-3 (qui est d'application générale), lue conjointement avec les dispositions de l'article 24-1 e), selon laquelle l'entité adjudicatrice doit verser au procès-verbal de la procédure de passation de marché un exposé des raisons et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier le choix de la méthode de passation concernée.

12. Ce paragraphe dispose que la publication de l'avis doit se faire avant la sollicitation directe. Elle diffère donc de la publication des avis d'attribution de marché ou d'accord-cadre visée à l'article 22 de la Loi type. En incluant dans la loi sur la passation de marchés les procédures décrites dans cet article, on permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés d'identifier à la seule lecture de cette loi les publications qu'ils doivent surveiller pour se tenir au courant des possibilités de marchés dans l'État adoptant et des modalités de la passation. (L'entité adjudicatrice doit également être consciente des implications de cette disposition concernant l'avis pour ce qui est de l'appel d'offres restreint, comme on l'a dit aux paragraphes [4 à 7] ci-dessus.) La Loi type ne régit pas les moyens de publication et le choix des médias, laissés à la décision de l'État adoptant. La publication peut se

[1] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si un examen général de la sollicitation dans l'appel d'offres restreint, la demande de prix et les négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique, qui accompagnerait l'article 33 ou son paragraphe 5 et renverrait aux indications concernant chacune de ces méthodes de passation, ne serait pas préférable à un examen de la sollicitation pour chacune de ces méthodes. Bien que l'examen de certaines dispositions des paragraphes ci-dessous vise spécifiquement l'appel d'offres restreint, d'autres dispositions de ces paragraphes s'appliquent de manière générale aux méthodes de passation visées à l'article 33.

faire sur papier, par voie électronique ou des deux manières. Dans ce contexte, les considérations émises aux paragraphes ... ci-dessus dans les orientations concernant l'article 5 sont pertinentes.

13. Les informations à publier constituent le minimum requis pour permettre au public d'exercer un contrôle effectif et aux fournisseurs ou entrepreneurs de former un éventuel recours en application du chapitre VIII de la Loi type. En particulier, le choix de la méthode de passation peut être contesté par tout fournisseur ou entrepreneur lésé si par exemple la sollicitation d'une source unique ou l'appel d'offres restreint ont été retenus au motif qu'un fournisseur ou un petit groupe de fournisseurs pouvaient fournir l'objet du marché. Tout autre fournisseur ou entrepreneur pouvant fournir l'objet du marché qui fera l'objet de la passation pourrait contester le choix de la méthode de passation en se fondant sur les informations figurant dans l'avis de passation de marché. En vertu du chapitre VIII, il pourrait le faire avant la date limite de soumission des offres et bénéficier des dispositions sur la suspension obligatoire de la procédure de passation s'il dépose une demande en révision auprès de l'instance de recours indépendante. Comme il est indiqué dans le commentaire du chapitre VIII, afin d'éviter les recours abusifs pouvant être extrêmement néfastes lorsqu'ils sont introduits en dernière minute, le fournisseur doit démontrer que ses intérêts ont été affectés ou ont pu l'être au moment considéré: il peut par exemple être amené à démontrer qu'il avait réellement l'intention de participer dans les circonstances décrites ci-dessus (par exemple, en soumettant un projet d'offre).

14. L'exigence de l'avis préalable de passation de marché dans le cas d'un appel d'offres restreint, de négociations avec appel à la concurrence et de sollicitation d'une source unique est essentielle pour ce qui est de lutter contre la corruption et d'atteindre la transparence. Avec les dispositions du chapitre VIII, elle permet aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés de demander réparation dès le début de la procédure de passation plutôt qu'à la fin, lorsqu'une réparation peut ne plus être possible ou s'avérer coûteuse pour le public, les recours disponibles étant donc alors limités.

15. L'exigence de la publication d'un avis préalable de passation de marché ne s'applique pas à la demande de prix, étant donné que les conditions d'utilisation de cette méthode, très restrictives, limiteront toute utilisation excessive ou abusive. Elle ne s'applique pas non plus aux négociations avec appel à la concurrence ni à la sollicitation d'une source unique lorsque ces méthodes sont utilisées dans des situations d'urgence ou d'extrême urgence dues à des événements catastrophiques (par exemples, dans les conditions d'utilisation de ces méthodes de passation visées aux articles 29-4 b) et 29-5 b)). Dans une situation normale où l'avis préalable est en principe exigé, une exemption peut toutefois s'appliquer en vertu de l'article 23 (confidentialité), en particulier dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées. (On trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées.)

On trouvera à la section A.5 ci-après un examen des modifications concernant les exigences liées à la sollicitation et à la publication d'un avis par rapport au texte de 1994.

4. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

"**Article 44. Appel d'offres restreint**

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 5 de l'article 33 de la présente Loi.

2. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception des articles 35 à 37, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint."

Commentaire proposé:

16. Cet article régit les procédures d'appel d'offres restreint. Les dispositions sont très brèves puisque les dispositions pertinentes d'autres chapitres de la Loi type, auxquelles renvoie le présent article, régissent les étapes de la procédure requise pour cette méthode de passation.

17. Comme il est noté dans les commentaires relatifs à l'article 33-1, les conditions de la sollicitation, dans le cas de cette méthode de passation, visent à assurer qu'en cas de recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés à l'article 28-1 a), tous les fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché sont invités à soumettre une offre et, en cas de recours à l'appel d'offres restreint pour les motifs visés à l'article 28-1 b), un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable. L'incorporation de ces conditions de sollicitation, combinée à l'obligation de publier un avis préalable de passation de marché conformément à l'article 33-5, constitue une garantie importante que le recours à l'appel d'offres restreint ne compromet pas l'objectif de la Loi type consistant à promouvoir la concurrence, qu'il peut être justifié dans chaque cas en référence aux critères transparents et qu'il peut être contesté conformément au chapitre VIII.

18. Il ressort clairement du paragraphe 2 de cet article que les procédures à appliquer dans le cas de l'appel d'offres restreint sont celles qui s'appliquent normalement à la procédure d'appel d'offres, à l'exception de la sollicitation ouverte et des conditions applicables dans ce cas. C'est pourquoi le paragraphe 2 dispose que les articles 35 à 37 ne s'appliquent pas à l'appel d'offres restreint. L'article 35 régit les procédures de sollicitation des offres dans l'appel d'offres ouvert et ne s'applique donc pas à l'appel d'offres restreint. L'article 36 régit la teneur de l'invitation à soumettre une offre qui doit être publiée dans le cas d'appel d'offres ouvert. Dans le cas de l'appel d'offres restreint, une telle invitation n'est pas nécessairement publiée mais si c'est le cas, elle n'inclut pas nécessairement tous les renseignements énumérés à l'article 36. S'agissant de l'article 37, dans le cas de l'appel d'offres restreint, le dossier de sollicitation sera distribué à tous les fournisseurs qui ont été directement invités et ont exprimé leur intérêt à participer. Certaines dispositions de l'article 37 ne s'appliqueront donc pas à l'appel d'offres restreint. Si l'entité adjudicatrice décide de faire payer le dossier de sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, elle sera liée par la disposition de la

dernière phrase de l'article 37 ("Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs."), même si ce dernier ne s'applique pas à l'appel d'offres restreint. Cette disposition figurant dans d'autres articles de la Loi type dans un contexte similaire peut être considérée comme énonçant une bonne pratique destinée à empêcher l'entité adjudicatrice de demander un prix excessif pour le dossier de sollicitation. Il convient d'examiner avec soin les incidences négatives que peuvent avoir de tels coûts sur la participation des fournisseurs ou d'entrepreneurs, en particulier des micro, petites et moyennes entreprises, et sur les prix que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure proposeraient finalement dans leurs offres, propositions ou enchères[2].

On trouvera à la section A.5 ci-après un examen des modifications apportées aux procédures par rapport au texte de 1994.

5. Points concernant la procédure d'appel d'offres restreint qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide pour l'incorporation qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

19. Les dispositions de la Loi type révisée concernant l'appel d'offres restreint se fondent sur l'article 20 de la Loi type de 1994, auquel deux modifications principales ont été apportées. Premièrement, on a supprimé dans le texte révisé l'idée d'approbation par un organe habilité, compte tenu de la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type révisée que l'entité adjudicatrice demande l'approbation d'une autre instance avant d'agir (on trouvera des indications sur ce point aux paragraphes ... ci-avant).

20. Deuxièmement, on a supprimé dans le texte révisé la mention des "raisons d'économie et d'efficacité", qui figurait dans le texte de 1994, compte tenu de la décision de la CNUDCI de ne mentionner dans les articles du texte de la Loi type aucun des objectifs énoncés dans le préambule (on trouvera des indications supplémentaires sur ce point aux paragraphes ... ci-avant). L'entité adjudicatrice devra en tout état de cause tenir compte de l'objectif d'"aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés" et de tous les autres objectifs de la Loi type lorsqu'elle choisit une méthode de passation, ainsi qu'à toutes les autres étapes de la procédure, selon qu'il convient. En outre, on a estimé que les considérations "d'économie et d'efficacité", pertinentes dans le contexte de la seconde condition d'utilisation de cette méthode de passation (éviter des coûts et délais disproportionnés), ne l'étaient plus lorsque le nombre de fournisseurs était limité.

Sollicitation

21. Les dispositions des paragraphes 1 et 5 de l'article 33 se fondent respectivement sur les paragraphes 1 et 2 de l'article 47 de la Loi type de 1994, modifiés par souci d'harmonisation du style et afin de préciser les renseignements qui doivent figurer au minimum dans l'avis préalable de passation de marché. Les

---

[2] Pour ce qui est de la dernière phrase, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il suffit de renvoyer par exemple au commentaire de l'article 37, qui examine ce point plus en détail.

dispositions de la Loi type révisée précisent également que ce dernier doit être publié avant qu'il ne soit recouru à la sollicitation directe.

Procédures

22. Les dispositions de l'article 44 se fondent sur l'article 47-3 de la Loi type de 1994, à l'exclusion de certains articles du chapitre III régissant l'appel d'offres ouvert qui ne s'appliquent pas à l'appel d'offres restreint, comme il est expliqué au paragraphe [18] ci-dessus.

B. Commentaire concernant la demande de prix qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

> "**Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (... demande de prix...)**
>
> 2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de prix conformément à l'article 45 de la présente Loi pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 2 de cet article énonce les conditions d'utilisation de la demande de prix. Cette méthode de passation constitue une procédure adaptée aux achats d'articles standard de faible valeur (habituellement disponibles dans le commerce), pour lesquels il n'est peut-être pas justifié de recourir à une procédure d'appel d'offres pouvant être longue et onéreuse. L'article 28-2 limite strictement l'utilisation de cette méthode aux marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans les règlements en matière de passation des marchés. Ce seuil peut être identique ou non à celui qui doit être fixé en application des dispositions de la Loi type qui suppriment l'obligation de respecter un délai d'attente (article 21-3 b)) ou de publier l'avis d'attribution de marché (article 22-2) dans le cas d'un marché de faible valeur. Il est toutefois recommandé d'harmoniser le seuil fixé dans les règlements aux fins du paragraphe 2 du présent article avec ceux fixés aux fins des articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi type, afin de faciliter l'application de ces dispositions connexes.

2. [Contrairement aux autres seuils, qui doivent être fixés dans la Loi même, celui visé au paragraphe 2 du présent article doit être fixé dans les règlements en matière de passation des marchés.][3] Les États adoptants voudront peut-être donner

[3] À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a été prié d'examiner la question de savoir si, plutôt que de fixer des seuils, la Loi type ne devrait pas plutôt renvoyer systématiquement aux règlements en matière de passation des marchés, compte tenu en particulier de la valeur fluctuante des monnaies (inflation, etc.) (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.2, notes 31 et 38). Le

aux entités adjudicatrices des indications sur la notion de marché de faible valeur en se référant notamment aux seuils, de manière à assurer une approche cohérente. (Voir également aux paragraphes ... ci-dessous les indications relatives à l'article 32-4 traitant de la dérogation à l'obligation de sollicitation internationale pour ce qui est des marchés de faible valeur.)

3. Lors de l'incorporation de l'article 28, il convient de préciser que le recours à la demande de prix n'est pas obligatoire pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé. L'article 27, qui dispose que l'entité adjudicatrice doit assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation lorsqu'elle en choisit la méthode, et énonce les conditions d'utilisation d'autres méthodes pouvant convenir, aidera l'entité adjudicatrice à envisager d'autres méthodes que la demande de prix (voir aux paragraphes ... ci-dessus le commentaire de l'article 27).

4. En particulier, cette méthode n'est pas destinée à être utilisée pour les achats répétés, en raison du risque de restriction du marché et du risque d'abus qu'elle comporte [tels qu'une sélection abusive des fournisseurs participants ou le fait de justifier des achats répétés par exemple en fractionnant le marché pour ne pas dépasser le seuil visé à l'article 12 (voir également ci-après)]. Pour les achats répétés, il est préférable d'établir un accord-cadre ouvert ou, s'il s'agit d'acheter des articles plus complexes, de conclure un accord-cadre fermé à l'issue de la procédure d'appel d'offres. L'utilisation de catalogues électroniques peut contribuer à accroître la transparence lorsque la procédure est périodique plutôt que répétée.

5. Lorsqu'il s'agit d'acheter des articles plus complexes et qu'il ne suffit donc pas d'évaluer les prix, il convient de recourir à l'appel d'offres, qui présente de meilleures garanties de transparence, même si la valeur du marché est inférieure au seuil d'utilisation de la demande de prix[4]. Un appel d'offres restreint fondé sur les motifs énoncés à l'article 28-1 b) peut convenir particulièrement dans de tels cas. L'utilisation d'autres méthodes de passation aboutissant en particulier à la conclusion d'un accord-cadre est recommandée lorsqu'un marché initial de faible valeur aurait pour conséquence à long terme de faire adopter à l'entité adjudicatrice un système technologique donné. Pour les marchés de produits courants, de services simples et d'articles similaires, on peut également recourir à l'enchère électronique inversée. (On trouvera aux paragraphes ... ci-dessus les indications concernant l'article 28-1 b), aux paragraphes ... ci-après les indications concernant les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées et aux paragraphes ... ci-après les indications sur les dispositions relatives aux accords-cadres.)

6. Il convient de lire les dispositions du paragraphe 2 en parallèle avec l'article 12 de la Loi type, qui contient les règles concernant l'estimation de la

---

Groupe de travail n'a pas examiné cette proposition. Toutefois, lors de consultations avec des experts à propos des indications à fournir concernant cette méthode de passation, il a été suggéré que le Groupe de travail et la Commission réexaminent la question pour assurer une approche cohérente quant à l'endroit où sont fixés ces seuils. Étant donné que ceux-ci doivent être ajustés périodiquement en fonction de l'évolution des circonstances économiques, il peut être préférable de les fixer dans les règlements (cf. art. 22-2).

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'examiner la question du recours à l'appel d'offres même lorsque l'objet du marché n'est pas produit pour répondre à la description particulière de l'entité adjudicatrice et celle du recours à des spécifications de performance ou de fonctionnement renvoyant à des normes sectorielles.

valeur d'un marché. Cet article renforce le caractère limité du champ d'application de la demande de prix en interdisant à l'entité adjudicatrice de fractionner artificiellement l'objet du marché pour contourner les seuils et éviter ainsi de recourir aux méthodes de passation générant une plus grande concurrence, une interdiction essentielle pour la réalisation des objectifs de la Loi type.

On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications apportées aux conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

"**Article 33. Sollicitation dans le cas... de la demande de prix...**

2. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à la demande de prix conformément à l'article 28-2 de la présente Loi, elle demande des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois."

Commentaire proposé:

7. Le paragraphe 2 énonce les règles de sollicitation applicables à la demande de prix. Les objectifs de la Loi type consistant à favoriser et à encourager la participation et à promouvoir la concurrence s'appliquent à toute passation, quelle que soit la valeur du marché. L'entité adjudicatrice est donc tenue de demander des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois, sans exception. Cette exigence minimale tient compte du type d'objet pour lequel l'entité adjudicatrice est censée recourir à la demande de prix, à savoir des biens ou services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché (art. 28-2). Pour ce type de passation, il devrait toujours être possible de demander des prix à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché. L'utilisation des systèmes électroniques permet aussi à l'entité adjudicatrice de toucher un public plus large et de faire à coup sûr suffisamment de demandes de prix.

8. Les États adoptants voudront peut-être donner des indications pour que la sélection des participants aux procédures de demande de prix ne se fasse pas d'une manière qui restreigne l'accès au marché ou permette une utilisation abusive de ces procédures (par exemple en sélectionnant deux fournisseurs notoirement onéreux ou géographiquement éloignés pour attribuer le marché à un troisième, le fournisseur choisi). Les considérations concernant les modalités de sélection des fournisseurs participants dans le contexte du recours à l'appel d'offres restreint pour le motif énoncé à l'article 28-1 b) sont pertinentes à cet égard (voir paragraphes ... ci-dessus). Sont également utiles les procédures qui imposent de comparer des offres anciennes et d'assurer un roulement entre les fournisseurs en cas d'achat occasionnel des mêmes articles. Les procédures de contrôle devraient identifier les fournisseurs retenus avec cette méthode de manière à permettre l'évaluation des attributions à répétition.

9. Les méthodes électroniques de demande de prix peuvent être particulièrement économiques pour les marchés de faible valeur et pour assurer une sélection plus transparente. En particulier, on peut considérer que l'utilisation de catalogues

électroniques comme source de prix présente davantage de possibilités de transparence dans la sélection des fournisseurs auxquels demander un prix, cette sélection pouvant être évaluée en fonction des fournisseurs proposant dans leurs catalogues les articles recherchés (voir aussi les indications sur les accords-cadres relevant du chapitre VII pour ce qui est de l'achat répété d'articles bon marché)[5]. Il est essentiel d'assurer une transparence adéquate car avec cette méthode, la passation ne doit pas obligatoirement être précédée d'un avis de passation de marché (voir également le paragraphe ... ci-dessus).

10. L'obligation de demander des prix à trois fournisseurs ou entrepreneurs au moins ne peut toutefois être considérée comme clause d'invalidation de la procédure dans les cas où, en réponse à une demande de prix adressée à trois fournisseurs ou plus, une ou deux réponses seulement ont été reçues.

On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications concernant la sollicitation par rapport au texte de 1994.

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

"**Article 45. Demande de prix**

1. L'entité adjudicatrice demande des prix conformément aux dispositions de l'article 33-2 de la présente Loi. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est avisé lorsque des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur est autorisé à donner un seul prix, qu'il n'est pas autorisé à modifier. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par celui-ci.

3. Le prix à retenir est le prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix."

Commentaire proposé:

11. Cet article énonce les procédures relatives à la demande de prix. Compte tenu de la nature et de la faible valeur des objets pour lesquels on utilise cette méthode, seules des conditions de procédure minimales sont prévues, qui visent à garantir un traitement juste et équitable aux fournisseurs et entrepreneurs participant à la procédure. La surveillance du recours à cette méthode, effectuée autant que possible au moyen d'outils électroniques pour en amortir le coût en ce qui concerne les marchés de faible valeur, peut favoriser la transparence et la mise en place de garanties contre les abus dans la pratique.

12. Pour ce qui est de l'obligation prévue au paragraphe 1 selon laquelle les fournisseurs auxquels est adressée une demande de prix doivent être informés des frais qui doivent être inclus dans le prix, l'entité adjudicatrice voudra peut-être

---

[5] A/CN.9/668, par. 208.

envisager d'utiliser les termes commerciaux reconnus, en particulier les INCOTERMS.

On trouvera à la section B.4 ci-dessous un examen des modifications apportées aux procédures par rapport au texte de 1994.

4. Points concernant la procédure de demande de prix qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide pour l'incorporation qui traite des modifications apportées par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

13. La méthode de demande de prix figurant dans le texte révisé se fonde sur l'article 21 de la Loi type de 1994, dont le libellé a été modifié pour permettre le recours à la demande de prix pour tous les types de passation de marchés normalisés ou courants qui ne sont pas spécialement formulés en fonction de spécifications ou de conditions techniques particulières. Dans le texte révisé, le recours à cette méthode ne nécessite pas d'approbation externe, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas y exiger en règle générale que l'entité adjudicatrice demande l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera des indications sur ce point aux paragraphes ... ci-dessus). Le paragraphe 2 du texte de 1994 a été supprimé, compte tenu du nouvel article 12, qui contient des règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché applicables à toutes les méthodes de passation et non seulement aux demandes de prix.

Sollicitation

14. Les dispositions de la Loi type révisée (art. 33-2) se fondent sur la première phrase de l'article 50 du texte de 1994. Les mots "si possible" accompagnant la référence au nombre minimum de trois fournisseurs ou entrepreneurs auxquels il faut demander un prix ont été supprimés dans le texte révisé car on a estimé qu'ils augmentaient le risque d'abus et de subjectivité dans la sélection des fournisseurs. Comme il est expliqué au paragraphe [7] ci-dessus, compte tenu du type d'objet censé être acheté par cette méthode – des articles disponibles dans le commerce – il devrait toujours être possible de demander des prix à au moins trois fournisseurs ou entrepreneurs capables de fournir l'objet du marché.

Procédures

15. L'article 45 se fonde sur les dispositions restantes de l'article 50 de la Loi type de 1994. Les mots "tels que mentionnés dans la demande de prix" ont été ajoutés à la fin du paragraphe 3 afin d'assurer un traitement égal à tous les fournisseurs en exigeant que les informations relatives aux besoins de l'entité adjudicatrice communiquées au début de la procédure aux fournisseurs participants restent valables tout au long de celle-ci et constituent la base de la sélection du prix à retenir.

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II, IV et V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à la demande de propositions sans négociation et à la demande de propositions avec négociations consécutives.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent la demande de propositions sans négociation et la demande de propositions avec négociations consécutives.]

...

A. Commentaire concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"**Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (… demande de propositions sans négociation)**

3. L'entité adjudicatrice peut, conformément à l'article 46 de la présente Loi, recourir à la demande de propositions sans négociation quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions sans négociation, méthode de passation que l'entité adjudicatrice peut utiliser lorsqu'elle a) souhaite exprimer ses besoins de manière fonctionnelle ou en termes de résultats[1] et b) a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques. Cette méthode est indiquée si l'entité ne veut pas être influencée par les aspects financiers des propositions quand elle examine et évalue leurs aspects qualitatifs et techniques. Le mot "besoin", qui est employé dans les dispositions, désigne la nécessité objective et démontrable pour l'entité de procéder à l'examen et à l'évaluation des propositions dans cet ordre. Cette situation peut se présenter, par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice souhaite examiner si une solution technique particulière fonctionnera ou évaluer la qualité du personnel clef. C'est seulement si la proposition technique répond pleinement au cahier des charges de la demande de propositions que l'entité passe à l'examen du prix de la proposition en question. La méthode convient donc pour les articles ou services relativement standard, lorsque tous les aspects des propositions peuvent être évalués sans discussion, dialogue ou négociation avec les fournisseurs.

2. La méthode de passation prévue dans ce paragraphe ne convient donc pas aux passations dans lesquelles le prix est le seul critère ou l'un des principaux critères d'attribution ou dans lesquelles une évaluation complète serait impossible sans une évaluation concomitante du prix et des critères autres que le prix[2]. Ces situations se prêteraient à la méthode de l'appel d'offres, qui se concentre sur le prix et dans laquelle les aspects qualitatifs et techniques et les aspects financiers ne sont pas examinés et évalués tour à tour. L'entité adjudicatrice estimera peut-être que l'appel d'offres convient mieux aussi lorsqu'elle formule de nombreuses exigences techniques. La demande de propositions sans négociation n'est pas indiquée non plus lorsque l'entité a besoin de négocier l'un des aspects (qu'il soit qualitatif, technique ou financier) des propositions car, tout comme l'appel d'offres, elle n'admet pas de dialogue ou de négociation (pour les types de passation dans lesquels un dialogue ou des négociations seraient appropriés et nécessaires, voir le commentaire sur la demande de propositions avec dialogue et la demande de propositions avec négociations consécutives, au […] ci-dessous).

3. Concrètement, les propositions techniques et qualitatives seront soumises dans une enveloppe (ou son équivalent électronique) et devront être évaluées manuellement par des personnes dûment qualifiées. Pour les propositions qui répondent au cahier des charges, une seconde enveloppe (ou son équivalent électronique) contenant les aspects financiers des propositions est ouverte. Dans le présent contexte, le terme "aspects financiers" désigne tous les aspects commerciaux des propositions qui ne peuvent être définis dans le cahier des charges

---

[1] Le commentaire des articles 26 et 27 (sur le choix de la méthode de passation) expliquera que la procédure de demande de propositions peut être distinguée de l'appel d'offres car, dans cette procédure, l'entité adjudicatrice définit ses besoins dans un cahier des charges qui insiste généralement sur les aspects fonctionnels de l'objet du marché. Autrement dit, les besoins sont décrits en termes de résultats attendus. Dans l'appel d'offres, par contre, la description des besoins inclut des spécifications techniques et se fonde sur une seule solution technique déterminée (autrement dit, les besoins sont décrits en termes de caractéristiques requises).

[2] Le Groupe de travail voudra peut-être donner des exemples de passation de ce type.

(il pourrait s'agir de garanties, d'assurances, etc.) et le prix final[3]. Ces aspects pourraient être évalués automatiquement.

4. [Dans la procédure d'appel d'offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs de donner des éclaircissements sur leur offre pour en faciliter l'examen et l'évaluation et peut accepter les écarts mineurs qui ne modifient pas l'offre sur le fond (voir art. 42-1 et 2). On pourrait considérer que cette possibilité est moins nécessaire dans la demande de propositions car ces dernières répondent à un cahier des charges et non à des spécifications techniques. Les États adoptants voudront peut-être néanmoins inclure des dispositions équivalentes à celles de l'article 42, assorties des garanties appropriées.][4]

5. Dans la Loi type, l'utilisation de la demande de propositions sans négociation est possible, sous réserve des conditions qui la régissent, pour tous les types de passation, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type; pour le commentaire correspondant, voir par. … ci-dessus). Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement recommandent, lorsqu'il est envisagé de recourir à des méthodes de passation semblables à la demande de propositions sans négociation prévue dans la Loi type révisée, que ces méthodes soient utilisées pour la passation de marchés de services bien définis qui ne soient ni complexes ni coûteux, comme l'élaboration de programmes d'enseignement, services qui sont habituellement externalisés car les entités adjudicatrices n'ont souvent pas les capacités internes pour réaliser ce type de tâches. Il se peut que certaines banques multilatérales de développement n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

6. Les procédures à suivre pour utiliser la demande de propositions sans négociation, notamment la soumission des enveloppes dont il est question plus haut, sont décrites à l'article 46; elles font pendant aux mécanismes de transparence et de concurrence de l'appel d'offres ouvert, à ceci près (comme il est expliqué plus loin) que l'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans certains cas précis. Pour plus de précisions sur ces aspects procéduraux, voir par. […] ci-dessous.

---

[3] Durant les consultations tenues avec les experts, on a estimé que le terme "aspects financiers" employé dans le texte était probablement inexact d'après les éléments qui, selon les experts, entraient dans ces aspects et qu'un autre terme plus approprié serait "aspects liés au prix". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner ce point.

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner une autre solution qui consisterait à insérer cette disposition dans l'article 46 lui-même et dans les autres méthodes de passation appropriées (ou à en faire une disposition générale, auquel cas elle pourrait aussi s'appliquer à la préqualification et à la qualification).

On trouvera à la section A.4 ci-dessous un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

"**Article 34. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions**

1. L'invitation à participer à la procédure de demande de propositions est publiée conformément à l'article 32-1 et 2, sauf lorsque:

a) L'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 17 de la présente Loi ou une procédure de présélection conformément à l'article 48-3 de la présente Loi; ou

b) L'entité adjudicatrice engage une sollicitation directe dans les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article; ou

c) L'entité adjudicatrice décide de ne pas faire publier l'invitation conformément à l'article 32-2 de la présente Loi dans les circonstances énoncées à l'article 32-4 de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions si:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition de solliciter des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective; ou

c) La passation de marché met en jeu des informations classifiées, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

3. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

4. L'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché conformément aux prescriptions de l'article 33-5 lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions."

Commentaire proposé:

1. L'article régit la sollicitation dans la procédure de demande de propositions. La Loi type prévoit trois formes de procédure de demande de propositions: la demande de propositions sans négociation, la demande de propositions avec

dialogue et la demande de propositions avec négociations consécutives. L'article s'applique à toutes trois et propose à l'entité adjudicatrice diverses possibilités de sollicitation au choix en fonction des circonstances de la passation envisagée.

2. Conformément aux objectifs de la Loi type, qui cherche à favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et à promouvoir la concurrence entre eux, le paragraphe 1 de l'article exige par défaut la sollicitation ouverte internationale. Il vise à faire en sorte que le plus grand nombre possible de fournisseurs et d'entrepreneurs soient informés de la procédure de passation de marché et aient la possibilité d'exprimer leur intérêt à y participer. Comme pour la procédure d'appel d'offres, il prévoit à cette fin que l'invitation à participer à la procédure de demande de propositions fasse l'objet d'une large publicité selon les modalités qu'il prescrit.

3. Lorsque la procédure de demande de propositions est précédée d'une préqualification, la sollicitation est soumise aux règles de l'article 17, dont les dispositions exigent elles aussi une sollicitation internationale suivant les mêmes modalités que celles prescrites à l'article 32. On trouvera de plus amples précisions dans le commentaire accompagnant ces articles. Une fois la procédure de préqualification achevée, la demande de propositions doit être adressée à tous les fournisseurs préqualifiés. De même, lorsque l'entité adjudicatrice utilise une procédure de présélection dans la procédure de demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 48-3, des règles spéciales s'appliquent: la demande de propositions est précédée d'une invitation ouverte à participer à la présélection et, une fois cette dernière terminée, la demande est adressée à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Comme dans la préqualification, une large publicité internationale est assurée dans la procédure de présélection par application de l'article 17-2, sauf dans les cas prévus à l'article 32-4.

4. Comme pour l'appel d'offres, l'obligation de recourir par défaut à la sollicitation internationale admet des exceptions, qui sont énoncées au paragraphe 1 b) et c) de l'article. L'exception du paragraphe 1 c) fait pendant à celle prévue à l'article 32, qui concerne les marchés nationaux et les marchés de faible valeur décrits au paragraphe 4 dudit article. Ces dispositions étant similaires, les considérations évoquées dans le présent Guide en ce qui concerne l'article 32 devraient aussi entrer en ligne de compte lors de l'incorporation du présent paragraphe (voir par. … ci-dessus). L'exception du paragraphe 1 b) ne figure pas à l'article 32 car elle ne vaut que pour la procédure de demande de propositions où l'entité peut choisir entre sollicitation ouverte et sollicitation directe.

5. Reconnaissant que, dans certains cas, l'exigence d'une sollicitation ouverte pourrait être injustifiée ou aller à l'encontre des objectifs d'économie et d'efficacité, le paragraphe 2 de l'article énonce les cas où l'entité adjudicatrice peut utiliser la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (sans préqualification ou présélection). Les alinéas a) et b) reprennent généralement les circonstances qui peuvent justifier la sollicitation directe dans l'appel d'offres restreint (à l'article 28-1). Les considérations soulevées dans le Guide en ce qui concerne l'article 28-1 valent donc aussi pour le paragraphe 2 a) et b) (pour le commentaire sur l'article 28-1, voir par. … ci-dessus). L'alinéa c) prévoit un motif distinct pouvant justifier le recours à la sollicitation directe: la passation mettant en jeu des informations classifiées. Dans ces cas, l'entité adjudicatrice doit solliciter

des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

6. Lorsqu'elle décide d'utiliser ou non la sollicitation directe, l'entité adjudicatrice devrait examiner si elle est autorisée à rejeter toutes propositions non sollicitées ou comment elle prendrait de telles propositions en considération. Les discussions sur ce point dans le commentaire du Guide concernant l'article 33 valent aussi dans le présent contexte (voir par. … ci-dessus).

7. La sollicitation directe allant à l'encontre des objectifs de la Loi type, à savoir favoriser et encourager la libre participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés et promouvoir la concurrence entre eux, les paragraphes 3 et 4 ont été insérés pour accroître la transparence et renforcer l'obligation de rendre des comptes lorsqu'elle est utilisée. Le paragraphe 3 exige que l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions. Le paragraphe 4 exige qu'elle fasse publier un avis de passation de marché conformément aux prescriptions de l'article 33-5 (sauf si une telle publication porte atteinte à des informations classifiées) lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions (pour le commentaire sur l'article 33-5, voir par. … ci-dessus). Les deux mesures visent à faciliter la formation éventuelle par les fournisseurs ou entrepreneurs lésés de recours contre l'utilisation et contre les modalités d'utilisation de la sollicitation directe en lieu et place de la sollicitation ouverte.

On trouvera à la section A.4 ci-dessous un examen des modifications concernant la sollicitation par rapport au texte de 1994.

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

"**Article 46. Demande de propositions sans négociation**

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation conformément à l'article 34-1 de la présente Loi, à moins que ne s'applique une exception prévue dans cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire

pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

e) Les critères et procédures d'ouverture, d'examen et d'évaluation des propositions, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi, y compris les exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives auxquelles elles doivent satisfaire pour être jugées conformes au sens de l'article 10 de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

f) Une déclaration faite conformément à l'article 8 de la présente Loi;

g) Les modalités et le lieu d'obtention de la demande de propositions;

h) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions;

i) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement;

j) La ou les langues dans lesquelles les demandes de propositions sont disponibles;

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à une procédure de demande de propositions sans négociation a été publiée conformément aux dispositions de l'article 34-1 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 17 de la présente Loi;

c) En cas de sollicitation directe en vertu de l'article 34-2, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné par l'entité adjudicatrice;

et qui acquitte le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Ce prix ne dépassera pas le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs.

4. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à e) et k) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions, priant notamment les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les caractéristiques techniques et qualitatives de la proposition et l'autre les aspects financiers;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une

description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

g) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

h) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice dont ils estiment qu'elles ne respectent pas les dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

i) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée l'offre à retenir, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autre autorité, ainsi qu'une estimation du temps qu'il faudra compter, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

j) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation de marché.

5. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions, l'entité adjudicatrice en examine et évalue les caractéristiques techniques et qualitatives conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.

6. Les résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques et qualitatives des propositions sont immédiatement consignés au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

7. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives ne répondent pas aux exigences minimales sont considérées comme non conformes et rejetées pour ce motif. L'avis motivé de rejet, accompagné de l'enveloppe non ouverte contenant les aspects financiers de la proposition, est promptement envoyé à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

8. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière. Elle invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leur proposition.

9. Il est donné lecture de la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de chaque proposition conforme et des aspects financiers correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 8 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions.

10. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix."

Commentaire proposé:

1. L'article régit les procédures à suivre dans les passations où l'entité utilise la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1, en renvoyant à l'article 34 de la Loi type, rappelle la règle par défaut énoncée au paragraphe 1 de cet article, selon laquelle une invitation à participer doit en général faire l'objet d'une publicité aussi large que possible pour garantir une participation et une concurrence étendues. La sollicitation peut être précédée d'une préqualification. Les exceptions à la règle de la sollicitation ouverte et les indications concernant la sollicitation suite à la préqualification figurent à l'article 34 (pour le commentaire sur cet article, voir par. … ci-dessus).

2. En cas de sollicitation ouverte sans préqualification, l'entité adjudicatrice adresse une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation, qui doit contenir les renseignements minimaux énumérés au paragraphe 2. Ces renseignements visent à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à

déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les dispositions sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (art. 36) et à l'invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 48-2). Elles n'énoncent que le minimum requis, de manière à ne pas empêcher l'entité adjudicatrice d'inclure des renseignements supplémentaires si elle le juge approprié. L'entité adjudicatrice devrait tenir compte du fait que l'invitation se veut habituellement brève pour mentionner les renseignements les plus importants sur la passation, autrement dit les renseignements les plus utiles pour le début de la procédure de passation. La demande de propositions contient toutes les autres informations sur la passation et développe également les renseignements fournis dans l'invitation (voir par. 4 de l'article). Cette solution aide à éviter les répétitions, les éventuelles incohérences et la confusion dans la teneur des documents que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs. Lorsque l'entité utilise des moyens électroniques de publicité et de communication, elle peut insérer dans l'invitation un lien Web vers les conditions énoncées dans la demande de propositions. Cette solution s'avère avantageuse en termes d'efficacité et de transparence.

3. L'entité adjudicatrice peut ne pas mentionner la monnaie de paiement ni les langues exigées, dont il est question dans les alinéas i) et j), en cas de passation de marchés nationaux, si une telle mention est inutile en l'espèce. La mention de la ou des langues demeure toutefois importante dans certains pays multilingues même en cas de passation nationale. L'alinéa e) se réfère aux exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes. Cette disposition concerne à la fois le seuil à établir pour rejeter les propositions et l'attribution d'une note aux propositions qui atteignent voire dépassent ce seuil.

4. Le paragraphe 3 précise à quel groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs doit être adressée la demande de propositions. En fonction des circonstances de la passation considérée, il peut s'agir de tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui répondent à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées; ou, en cas de préqualification, uniquement de ceux qui sont préqualifiés; ou, en cas de sollicitation directe, seulement de ceux qui sont directement invités. Les dispositions contiennent une règle standard, également prévue par d'autres articles de la Loi type dans le même contexte, selon laquelle le prix pouvant être exigé pour la demande de propositions ne doit pas dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs (voir le commentaire sur l'article […] pour plus de précisions sur cette limitation).

5. Le paragraphe 4 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la demande de propositions afin d'aider les fournisseurs ou les entrepreneurs à établir leurs propositions et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces dernières sur la même base. Cette liste fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (art. 38) et celle de la demande de propositions avec dialogue (art. 48-5). Les différences tiennent aux particularités procédurales de la méthode de passation, et visent à faire en sorte que les aspects financiers des propositions soient présentés, certes simultanément, mais séparément des aspects qualitatifs et techniques. Comme il est expliqué plus haut, l'entité adjudicatrice

n'aura pas accès aux aspects financiers des propositions tant qu'elle n'en aura pas évalué les aspects techniques et qualitatifs. Elle peut ne pas mentionner la monnaie de paiement, dont il est question à l'alinéa c), en cas de passation de marchés nationaux, si cette mention est inutile en l'espèce.

6. Les paragraphes 5 à 10 de l'article régissent les étapes successives de l'examen et de l'évaluation des propositions dans cette méthode de passation. Ils visent à empêcher que l'entité ne soit influencée par les aspects financiers lorsqu'elle évalue les aspects qualitatifs et techniques et attribue une note aux fournisseurs ou entrepreneurs à l'issue de cette évaluation. Plusieurs dispositions de ces paragraphes ont pour but de garantir la transparence et l'intégrité dans le processus. Les paragraphes 6 à 8, par exemple, exigent que les résultats de l'évaluation des aspects techniques et qualitatifs soient rapidement consignés au procès-verbal de la procédure de passation et communiqués à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des propositions. Des règles spéciales s'appliquent à ceux dont les propositions ont été rejetées suite à cette évaluation: ils doivent être promptement informés non seulement du rejet de leur proposition mais également des motifs de ce rejet et les enveloppes non ouvertes contenant les aspects financiers doivent leur être renvoyées. Ces dispositions sont essentielles pour assurer un rapide retour d'information aux fournisseurs et leur permettre en cas de préjudice d'engager des recours efficaces (pour un examen plus détaillé des avantages et modalités du retour d'information, voir […]).

7. Les paragraphes 8 et 9 autorisent les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions remplissent ou dépassent des exigences minimales sur les plans technique et qualitatif à assister à l'ouverture des secondes enveloppes (celles qui contiennent les aspects financiers). Ils peuvent ainsi vérifier l'exactitude des informations qui sont annoncées par l'entité adjudicatrice au moment de l'ouverture des enveloppes et qui présentent un intérêt pour eux, par exemple les notes attribuées et les aspects financiers de leurs propositions, et peuvent observer si la proposition à retenir est déterminée conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions.

8. La Loi type prévoit des règles pour les scénarios complexes où l'entité évalue tous les aspects des propositions séparément puis combine les résultats de ces évaluations pour déterminer la proposition à retenir. Le paragraphe 10 définit donc la proposition à retenir dans cette méthode de passation comme la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix[5]. Les États adoptants devraient toutefois avoir à l'esprit que, lorsque l'objet du marché est simple, l'entité peut déterminer la proposition à retenir en fonction du seul prix. Cette solution peut convenir aux situations où l'entité n'a pas besoin d'évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions et d'attribuer des notes mais fixe plutôt un seuil pour évaluer ces aspects à un niveau tel que tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont les propositions l'atteignent ou le dépassent peuvent, selon toutes probabilités,

---

[5] Durant les consultations tenues avec les experts sur le commentaire de cet article, il a été proposé que le Groupe de travail utilise le terme "proposition la plus avantageuse" pour souci de cohérence avec la terminologie employée dans l'appel d'offres, car ce terme (contrairement à celui d'"offre la plus basse selon l'évaluation" employé précédemment) ne met plus implicitement l'accent sur le prix.

exécuter le marché avec des compétences plus ou moins équivalentes. Il ne devrait pas être nécessaire non plus dans ces cas d'évaluer les aspects financiers autres que le prix. Ces procédures sont compatibles avec la Loi type à condition que l'entité adjudicatrice mentionne celles-ci ainsi que tous les critères applicables en l'espèce dans le dossier de sollicitation et les applique en conséquence.

On trouvera à la section A.4 ci-dessous un examen des modifications concernant les procédures par rapport au texte de 1994.

4. Points concernant la demande de propositions sans négociation qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

9. La demande de propositions sans négociation est une nouvelle méthode de passation qui tire ses caractéristiques de la procédure de sélection sans négociation (art. 42) de la Loi type de 1994. Cette dernière destinait cette procédure à la seule passation des marchés de services. Dans la Loi type révisée, la demande de propositions sans négociation n´est pas considérée comme une méthode convenant uniquement aux marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode de passation sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type, pour le commentaire correspondant, voir par. … ci-dessus).

[Le commentaire sur la sollicitation et les procédures sera ajouté ultérieurement.]

B. Commentaire concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

> "**Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (… demande de propositions avec négociations consécutives…)**
>
> 3. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec négociations consécutives conformément à l'article 49 de la présente Loi quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions, et estime que des négociations consécutives avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour faire en sorte que les conditions financières du marché lui soient acceptables."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 3 énonce les conditions d'utilisation de la demande de propositions avec négociations consécutives. Les conditions d'utilisation et les procédures applicables à cette méthode ressemblent à celles qui régissent la

demande de propositions sans négociation à l'article 28-3 de la Loi type. Comme cette dernière méthode, la demande de propositions avec négociations consécutives s'est révélée avantageuse lorsque les caractéristiques qualitatives et techniques sont la principale priorité et que l'entité adjudicatrice a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation de leurs aspects qualitatifs et techniques (autrement dit pour ne pas être influencée par les aspects financiers quand elle examine et évalue les aspects qualitatifs et techniques). Le mot "besoin", qui est employé dans les dispositions, désigne la nécessité objective et démontrable pour l'entité de procéder à l'examen et évaluation dans cet ordre. Par conséquent, tout comme pour la demande de propositions sans négociation, cette méthode est indiquée uniquement quand il est possible et nécessaire d'examiner et d'évaluer les aspects qualitatifs et techniques des propositions séparément de leurs aspects financiers.

2. Cette méthode diffère de la demande de propositions sans négociation en ce que l'entité adjudicatrice a besoin de négocier les aspects financiers des propositions. Elle convient de ce fait lorsque la passation porte sur des biens ou des services adaptés à l'entité plutôt que sur un objet relativement standard. Elle est donc indiquée pour des objets plus complexes, comme les services intellectuels, dans lesquels il est indispensable de négocier les aspects commerciaux ou financiers des propositions: en effet, les variables dans ces aspects sont parfois si nombreuses qu'elles ne peuvent toutes être prévues et spécifiées au début de la passation et doivent être précisées et définies d'un commun accord lors de négociations.

3. Toutes les étapes qui, dans cette méthode, précèdent les négociations sont identiques à celles de la demande de propositions sans négociation: l'entité adjudicatrice fixe un seuil pour les aspects qualitatifs et techniques des propositions et classe ensuite les propositions qui atteignent ou dépassent ce seuil, en s'assurant que les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négociera sont capables de fournir l'objet du marché requis. Elle tient ensuite des négociations sur les aspects financiers des propositions, en commençant par le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé; si elle met fin aux négociations avec lui, elle négocie avec le fournisseur ou l'entrepreneur suivant, et ainsi de suite dans la mesure nécessaire, jusqu'à ce qu'elle conclue un marché avec l'un d'eux. Ces négociations doivent permettre à l'entité d'obtenir des propositions financières équitables et raisonnables. Le caractère consécutif, et non simultané ou concomitant, des négociations convient le mieux à cette méthode car les négociations ne portent que sur les aspects financiers ou commerciaux des propositions. S'il est nécessaire de négocier d'autres aspects, cette méthode de passation ne pourra pas être utilisée (pour le commentaire sur l'article 49 régissant les aspects procéduraux de cette méthode, voir par. … ci-dessous).

4. La demande de propositions avec négociations consécutives n'est pas exclusivement réservée à la passation des marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type; pour le commentaire correspondant, voir par. … ci-dessus). Les États adoptants devraient néanmoins avoir à l'esprit que certaines banques multilatérales de développement recommandent l'utilisation de méthodes de passation semblables à la demande de propositions avec négociations consécutives prévue dans la Loi

type pour la passation des marchés de services de consultant (en d'autres termes des services à caractère intellectuel). Cette méthode est habituellement très utilisée pour ce type de marché. Il se peut que ces banques n'autorisent pas l'utilisation de cette méthode dans d'autres cas, du moins pour les projets qu'elles financent.

On trouvera à la section B.4 ci-dessous un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

[Voir le commentaire concernant la demande de propositions sans négociation.]

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

"**Article 49. Demande de propositions avec négociations consécutives**

1. Les dispositions de l'article 46-1 à 7 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice classe chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions puis:

a) Communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition est conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière et son classement;

b) Invite le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé suivant ces critères et cette procédure à des négociations sur les aspects financiers de sa proposition; et

c) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs mieux classés n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché.

3. Si l'entité adjudicatrice constate que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, elle l'informe qu'elle met fin aux négociations.

4. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième place; si les négociations avec celui-ci n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.

5. Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne peut modifier, alors qu'ils sont spécifiés dans la demande de propositions, ni l'objet du marché, ni les critères de qualification, d'examen ou d'évaluation, ni les

exigences minimales établies, ni même les éléments de la description de l'objet du marché ou les conditions du marché, à l'exception des aspects financiers des propositions sur lesquels portent les négociations.

6. L'entité adjudicatrice ne peut rouvrir des négociations avec un fournisseur ou entrepreneur une fois qu'elle y a mis fin."

Commentaire proposé:

1. L'article régit les procédures applicables à la demande de propositions avec négociations consécutives. Toutes les étapes de cette méthode qui précèdent les négociations sont identiques à celles de la demande de propositions sans négociation. Le paragraphe 1 renvoie donc aux dispositions applicables de l'article 46. Le commentaire relatif à ces dispositions vaut également pour le présent article (voir par. … ci-dessus)[6].

2. Les paragraphes 2 à 6 régissent les diverses procédures à suivre dans cette méthode de passation. Le paragraphe 2 traite du classement et de l'invitation aux négociations consécutives. Les mots "aspects financiers de sa proposition"[7] employés au paragraphe 2 b) excluent tout aspect qualitatif, technique ou autre ayant été pris en considération lors de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques qualitatives et techniques des propositions.

3. Les paragraphes 3 et 6 mentionnent la "fin des négociations". Cette notion signifie que la proposition financière définitive du fournisseur est rejetée et que ce dernier ne peut donc plus participer à la suite de la procédure de passation. Il en découle qu'aucun marché ne peut être attribué à un fournisseur si l'entité adjudicatrice a mis fin à ses négociations avec lui, comme le prévoient les paragraphes 3 et 4. On estimera peut-être que cette disposition est rigide et qu'elle compromet l'efficacité de la procédure. C'est seulement à la fin du processus de négociation avec tous les fournisseurs que l'entité adjudicatrice peut savoir quelle est en fait la meilleure proposition; or, il se peut que cette proposition ait été rejetée parce que l'entité adjudicatrice a mis un terme aux négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise. La procédure n'assure pas non plus nécessairement à l'entité adjudicatrice un fort pouvoir de négociation car le fournisseur le mieux classé, connaissant sa position privilégiée, risque d'être peu enclin à négocier, en particulier sur le prix. Les moyens de pression que confèrent les négociations concomitantes sont absents ici.

4. La CNUDCI a néanmoins décidé de doter la méthode de passation de cette caractéristique pour souligner la concurrence sur les aspects qualitatifs et techniques des propositions. Lorsque cette méthode est utilisée dans les cas appropriés, cette caractéristique particulière peut obliger tant les fournisseurs que les entités adjudicatrices à négocier de bonne foi. Le fournisseur le mieux classé risque de voir l'entité adjudicatrice mettre fin aux négociations à tout moment et de se trouver exclu pour toujours de la procédure de passation. Il peut également considérer que les négociations avec les fournisseurs moins bien classés ont plus de chances de réussir car ces fournisseurs seront incités à améliorer leur position pour remporter le

---

[6] Voir aussi note 4 plus haut concernant l'utilisation de la procédure de clarification dans cette méthode.

[7] Voir note 3 plus haut concernant l'emploi de ce terme.

marché et il est dans l'intérêt de l'entité adjudicatrice de conclure le marché à la fin du processus. Le fournisseur le mieux classé sera donc contraint d'une certaine manière à négocier alors que l'entité adjudicatrice, face au risque de rejeter la meilleure proposition technique, se gardera d'accorder une importance excessive aux aspects financiers des propositions au détriment des considérations qualitatives et techniques. Le fait de fixer une durée pour les négociations dans le dossier de sollicitation peut être considéré comme une autre mesure permettant d'imposer efficacement une certaine discipline aux deux parties dans les négociations.

5. La question de savoir si l'entité adjudicatrice est prête à faire des compromis sur les considérations qualitatives et techniques en mettant fin aux négociations avec le fournisseur le mieux classé et en entamant des négociations avec le fournisseur suivant dépendra dans une très large mesure des circonstances de la passation, en particulier des résultats de l'examen et de l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions. L'écart entre les diverses propositions peut varier considérablement et l'entité adjudicatrice doit adapter ses stratégies de négociation en conséquence. Elle peut toujours abandonner la passation si les propositions sont inacceptables.

4. Points concernant la demande de propositions avec négociations consécutives qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

1. La demande de propositions avec négociations consécutives est une méthode de passation qui tire ses caractéristiques de la procédure de sélection avec négociations consécutives prévue dans la Loi type de 1994 (art. 44). Contrairement à son équivalent dans le texte de 1994, la méthode dans le texte révisé n'est pas exclusivement réservée aux marchés de services, conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas fonder le choix de la méthode sur l'objet du marché (biens, travaux ou services) mais sur la nécessité de prendre en compte les circonstances de la passation concernée et d'assurer le plus de concurrence possible (art. 27-2 de la Loi type; pour le commentaire correspondant, voir par. … ci-dessus).

[Le commentaire sur la sollicitation et les procédures sera ajouté ultérieurement.]

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II et V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à l'appel d'offres en deux étapes.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent l'appel d'offres en deux étapes.]

...

Commentaire concernant l'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"**Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)**

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 47 de la présente Loi lorsque:

a) Elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des points de la description de

l'objet du marché et les formuler avec la précision requise à l'article 10 de la présente Loi[1] et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins; ou

b) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché en application de l'article 18-1 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 1 de cet article prévoit les conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes. Le déroulement de la procédure en deux étapes vise deux objectifs à la fois: premièrement, permettre à l'entité adjudicatrice, grâce à l'examen des aspects techniques des offres et, si elle le souhaite, à la tenue de discussions à leur sujet, de préciser et d'arrêter les conditions de la passation de marché qu'elle n'aura peut-être pas été en mesure de formuler adéquatement au début de la procédure; et deuxièmement, tirer parti du haut niveau d'objectivité et de concurrence garanti par les procédures régissant l'appel d'offres ouvert au chapitre III, qui s'appliqueront à la sélection de l'offre à retenir dans le cadre de l'appel d'offres en deux étapes.

2. La CNUDCI reconnaît que cette méthode a fait ses preuves et qu'elle est utilisée avec succès pour l'achat, par exemple, d'articles faisant appel à des techniques de pointe, comme de gros avions de transport de passagers, des systèmes informatiques ou de communication, des équipements techniques et d'autres infrastructures (par exemple marchés clefs en main, grandes installations complexes ou travaux spécialisés). Dans ce type de marché, il n'est pas toujours souhaitable ou possible d'établir dès le début une description complète détaillant tous les aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché (y compris les spécifications techniques). À cette étape, il se peut que l'entité adjudicatrice soit en mesure de formuler un projet de spécifications techniques à un certain niveau de détail, ou d'exprimer ses besoins en termes de résultats ou de performance. La procédure doit

---

[1] Le Groupe de travail voudra peut-être rectifier une inexactitude qui a été relevée dans cette condition d'utilisation lors des consultations d'experts relatives au projet de commentaire sur cette méthode de passation. Il ressort clairement des procédures prévues à l'article 47 que les discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont optionnelles et non nécessaires, contrairement à ce qu'indique l'article 29-1. Ce qui est nécessaire, en fait, c'est d'améliorer certains aspects techniques de la description, étape qui peut se passer de discussions si les offres initiales traitent les aspects dont l'entité adjudicatrice n'est pas certaine au début de la procédure. Le texte pourrait par conséquent être modifié comme suit: "a) Elle estime qu'une étape est nécessaire dans la procédure pour améliorer les aspects techniques et qualitatifs de l'objet du marché (étape qui peut comprendre des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs) de manière à les formuler avec la précision requise à l'article 10 de la présente Loi et à trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins." Il faudra par conséquent modifier l'article 10 en remplaçant les mots "caractéristiques techniques et qualitatives" par la formule "aspects techniques et qualitatifs" de l'objet du marché, afin d'exprimer de manière suffisamment claire le degré de précision requis pour faire la distinction entre les méthodes reposant sur l'appel d'offres et celles reposant sur la demande de propositions. La différence entre ces types de passation sera examinée en détail dans les commentaires qui accompagneront les articles 26 et 27 relatifs au choix de la méthode de passation.

permettre à l'entité adjudicatrice, à partir des offres initiales qui répondent à la description du dossier de sollicitation, d'améliorer la description des aspects techniques et qualitatifs de façon à ce que, à la deuxième étape, les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leur offre définitive par rapport à une solution technique unique. Cette dernière est alors présentée dans la description améliorée des aspects techniques et qualitatifs figurant dans la demande de présentation des offres définitives. Ainsi, l'entité adjudicatrice reste responsable de l'élaboration de la solution technique tout au long de la procédure[2].

3. Compte tenu des objectifs de la procédure, les discussions qui peuvent être tenues avec les fournisseurs ou entrepreneurs dans le cadre de cette méthode de passation ne porteront pas sur le prix des offres. Elles peuvent porter sur d'autres aspects financiers de ces dernières, mais uniquement dans la mesure où ces aspects sont mentionnés dans la description des besoins de l'entité adjudicatrice figurant dans le dossier de sollicitation. Le prix et tous les éléments liés au prix qui ne font pas l'objet de discussions sont ensuite soumis dans l'offre définitive. Cette caractéristique (de même que l'absence de négociations tout au long de la procédure) distingue elle aussi cette méthode des autres méthodes visées au chapitre V[3].

4. La souplesse et les avantages potentiels décrits ci-dessus ne sont pas exempts de risque. En particulier, l'entité adjudicatrice pourrait adapter les conditions définitives de la passation à un fournisseur précis (indépendamment de la tenue ou non de discussions. Il convient toutefois de reconnaître que ce risque existe aussi dans les procédures d'appel d'offres ouvert, surtout lorsque des consultations informelles précèdent la passation). Les dispositions sur la transparence applicables à toutes les procédures d'appel d'offres devraient limiter le risque de voir la passation faussée pour favoriser un fournisseur précis. Le système de passation devrait aussi exiger que l'étape de la planification du marché soit documentée et consignée par écrit.

5. Cette méthode est structurée. Les règles de l'appel d'offres ouvert régissent la procédure de sollicitation et la sélection de l'offre à retenir dans l'appel d'offres en deux étapes (voir les articles 32 et 47 de la Loi type et le commentaire y relatif aux paragraphes [...] ci-après).

---

[2] Les commentaires relatifs aux articles 26 et 27 expliqueront que, dans la procédure de demande de propositions, les fournisseurs font des propositions sur la manière de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, ce sont eux qui sont responsables de la solution technique. Les commentaires passeront aussi en revue les options disponibles pour la passation de marchés complexes, telles que la conclusion d'un contrat de consultant pour la conception, suivie d'un appel d'offres ouvert ou en deux étapes, et l'utilisation de la procédure de demande de propositions avec dialogue. Le Groupe de travail voudra peut-être renvoyer ici à ces commentaires plutôt que de les répéter. Le présent commentaire se limite donc à souligner les caractéristiques qui distinguent l'appel d'offres en deux étapes des autres méthodes de passation prévues au chapitre V.

[3] Le Groupe de travail a décidé qu'un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues au chapitre V serait nécessaire dans le Guide, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices, et que celui-ci devrait aborder les éléments de ce choix qui ne peuvent pas faire l'objet d'un texte législatif et devrait s'inspirer d'exemples tirés de la pratique. Si le Groupe de travail juge le commentaire ci-dessus insuffisant, il est invité à fournir des indications supplémentaires au Secrétariat pour l'aider à le développer.

6. L'alinéa a) traite de la passation de marchés pour des articles complexes et perfectionnés sur le plan technique. La nécessité d'avoir recours à cette méthode de passation pour ce type d'article peut s'imposer dès l'étape de la planification du marché, autrement dit lorsqu'il apparaît que, si l'entité adjudicatrice énonce les conditions de la passation sans avoir examiné les offres initiales, elle aura peu de chances d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix. Ces offres initiales proposeront des solutions techniques correspondant aux capacités exactes et aux variantes possibles de ce qui existe sur le marché. Après les avoir examinées, l'entité adjudicatrice peut décider que ces solutions ne sont pas suffisantes en elles-mêmes et qu'il est nécessaire de tenir des discussions avec les fournisseurs et entrepreneurs qui ont proposé des solutions techniques répondant à ses exigences minimales.

7. L'alinéa b) traite d'une situation différente, à savoir lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée, mais a échoué. Cette condition est identique à l'une des conditions du recours à la demande de propositions avec dialogue visée au paragraphe 2 d) de l'article. Dans ce genre de situation, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons d'un tel échec. Si elle arrive à la conclusion que ses difficultés à formuler des conditions de passation suffisamment précises en sont la cause, elle estimera peut-être qu'une procédure en deux étapes impliquant les fournisseurs est la meilleure solution. L'entité adjudicatrice tiendra également compte des raisons de cet échec pour choisir entre l'appel d'offres en deux étapes conformément au paragraphe 1 b) de l'article et la demande de propositions avec dialogue conformément au paragraphe 2 d) du même article: s'il est possible et approprié de formuler un ensemble unique de conditions (y compris une solution technique unique) pour la passation, l'appel d'offres en deux étapes sera la méthode appropriée. L'entité adjudicatrice pourra faire appel aux fournisseurs ou entrepreneurs pour l'aider à formuler ces conditions si cela est nécessaire. (Par contre, si elle estime qu'il n'est pas possible ou approprié de formuler une solution technique unique, la demande de propositions avec dialogue sera peut-être la meilleure solution – voir les indications sur cette méthode à [...].)

8. Les dispositions font référence à la nécessité de tenir des "discussions", et non des "négociations" ou un "dialogue". Ce terme, qui reflète la nature itérative du processus, permet de distinguer les entretiens qui peuvent être menés dans le cadre de cette méthode – lesquels ne portent pas sur le prix de l'offre, ni sur d'autres aspects financiers de la passation – des négociations qui peuvent avoir lieu dans d'autres méthodes de passation régies par le chapitre V de la Loi type.

On trouvera à la section 4 ci-dessous un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

"**Article 32. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée**

1. L'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou à l'enchère électronique inversée visée à l'article 52 de la présente Loi est publiée dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée).

2. L'invitation est également publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale, une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque l'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 17 de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de faire publier l'invitation visée au paragraphe 2 du présent article lorsqu'il s'agit d'un marché national ou d'une procédure de passation pour laquelle elle conclut que, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions."

Commentaire proposé:

9. Cet article énonce l'une des caractéristiques principales de l'appel d'offres ouvert, à savoir la sollicitation sans restriction de la participation des fournisseurs ou des entrepreneurs. Cette caractéristique est aussi présente dans l'appel d'offres en deux étapes et les enchères électroniques inversées. Elle est la règle par défaut dans les méthodes de passation avec demande de propositions.

10. Afin de promouvoir la transparence et la concurrence, le paragraphe 1 expose les procédures minimales de publicité que l'entité adjudicatrice doit appliquer pour solliciter des offres auprès d'un public suffisamment large et assurer ainsi une concurrence effective. L'inclusion de ces procédures dans la législation des marchés permet aux fournisseurs et entrepreneurs intéressés de déterminer, simplement en lisant ladite législation, quelles publications ils devront peut-être suivre pour se tenir informés des possibilités de marchés dans l'État adoptant. La Loi type ne régit pas les moyens et supports de publication, qui sont laissés à la libre appréciation de l'État adoptant. Il peut s'agir de publications sur papier ou électroniques, ou d'une combinaison des deux. Dans ce contexte, les considérations soulevées dans le commentaire relatif à l'article 5 aux paragraphes [...] ci-dessus valent également ici.

11. Étant donné que la Loi type a pour objectif de favoriser et d'encourager la participation internationale aux procédures de passation, le paragraphe 2 exige que les invitations soient également publiées dans des médias diffusés internationalement, dans une langue d'usage courant dans le commerce international. Ces procédures visent à assurer la diffusion des invitations à l'appel d'offres ou à l'enchère électronique inversée auprès d'un public international de fournisseurs et d'entrepreneurs tout en permettant à ce dernier de les comprendre.

12. Le paragraphe 4 prévoit des exceptions à cette règle: il s'agit des marchés nationaux et des marchés de faible valeur dont l'entité adjudicatrice estime qu'ils ont peu de chances d'intéresser des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Dans ces cas, elle peut tout de même recourir à la sollicitation internationale, mais n'y est pas tenue. Toutefois, si des fournisseurs ou entrepreneurs souhaitent participer (par exemple, s'ils ont vu une annonce sur Internet), ils doivent y être autorisés (voir également le paragraphe [...] ci-dessous).

13. La première exception – passation d'un marché national – est uniquement possible, selon l'article 8 de la Loi type, pour des motifs spécifiés dans les

règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant (voir le commentaire relatif à cet article aux paragraphes [...] ci-dessus). La seconde – passation de marchés de faible valeur – repose en grande partie sur le jugement de l'entité adjudicatrice. La Loi type reconnaît que, dans ce cas, l'entité adjudicatrice n'aurait aucun intérêt juridique ou économique à exclure les fournisseurs et entrepreneurs étrangers puisqu'une exclusion globale de la participation étrangère aux marchés de ce type risquerait de la priver inutilement de la possibilité d'obtenir un meilleur prix. Il convient de souligner que la décision doit être consignée au procès-verbal de la procédure de passation et peut être contestée conformément au chapitre VIII. L'entité adjudicatrice voudra tenir compte des coûts et des avantages potentiels de cette approche.

14. Afin de promouvoir la transparence et d'empêcher toute invocation arbitraire et excessive de la seconde exception, l'État adoptant voudra peut-être définir, dans les règlements en matière de passation des marchés, un seuil au-dessous duquel les entités adjudicatrices ne sont pas contraintes, conformément au paragraphe 4 de l'article, de recourir à la sollicitation internationale. Ce seuil pourra être identique ou non aux seuils que l'État adoptant fixera lorsqu'il incorporera les articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi type, et pourra varier d'un type de passation à l'autre. À défaut de fixer un seuil spécifique dans les règlements en matière de passation des marchés aux fins de l'application du paragraphe 4, l'État adoptant souhaitera peut-être donner des orientations aux entités adjudicatrices quant à la manière appropriée de décrire les marchés de faible valeur dans l'État, description qui peut tenir compte des seuils fixés en relation avec les articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi type[4, 5].

15. Indépendamment de l'approche retenue, il faudrait réussir à trouver une définition commune, dans l'État adoptant, de la notion de marché de faible valeur, pour éviter que la plus grande partie des marchés n'échappe à l'obligation de publication internationale. La faible valeur du marché devrait être prise en compte en même temps que l'absence prévisible d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers pour la passation en question (c'est-à-dire que, même si l'entité adjudicatrice publiait l'invitation dans une publication de diffusion internationale dans une langue d'usage courant dans le commerce international, il

---

[4] Afin de finaliser les commentaires relatifs aux dispositions de l'article 32-4, le Groupe de travail est prié de confirmer l'interprétation du Secrétariat, à savoir qu'en invoquant l'exception à la règle de la sollicitation internationale prévue à l'article 32-4, l'entité adjudicatrice est liée par le seuil établi dans la Loi et les règlements en matière de passation des marchés pour les marchés de faible valeur. Si le seuil défini dans ces règlements diffère de celui qui est prévu aux articles 21-3 b) et 22-2 de la Loi, c'est celui qui est défini dans la Loi type qui l'emporte. Si le seuil défini à l'article 21-3 b) diffère de celui de l'article 22-2, c'est ce dernier qui l'emporte, car il est plus pertinent aux fins de l'article 32-4.

[5] À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a été prié d'examiner la question de savoir si, plutôt que de fixer des seuils dans les dispositions de la Loi type, il ne valait pas mieux renvoyer systématiquement la question aux règlements en matière de passation des marchés, compte tenu en particulier de la valeur fluctuante des monnaies (inflation, etc.) (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.2, notes 31 et 38). Le Groupe de travail n'a pas examiné ce point. Pendant les consultations tenues avec des experts concernant les indications à fournir au sujet de cette méthode de passation, on a toutefois suggéré que le Groupe de travail et la Commission réexaminent la question afin que le choix de l'emplacement desdits seuils soit cohérent. Étant donné que l'évolution de la situation économique exige des ajustements périodiques, il sera peut-être préférable de fixer les seuils dans les règlements (par comparaison avec l'article 22-2).

n'y aurait pas de participation internationale, faute d'intérêt de la part des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers). Une telle publication entraînerait par conséquent des coûts supplémentaires (notamment de traduction, le cas échéant), sans procurer d'avantage. Il est important que l'ensemble des entités adjudicatrices de l'État adoptant suivent des pratiques cohérentes dans ce domaine pour éviter toute confusion, incertitude ou inquiétude quant à l'accessibilité du système de passation des marchés de l'État.

16. Lorsque l'entité adjudicatrice se prévaut d'une exception prévue au paragraphe 4, elle peut invoquer les autres exceptions applicables aux marchés nationaux, comme la dérogation à l'obligation de fournir, dans le dossier de sollicitation, des informations sur la monnaie et les langues, qui ne seront peut-être pas utiles dans le contexte de la passation d'un marché national (pour plus d'indications à ce sujet, voir paragraphes [...] ci-après).

17. Les conditions énoncées par la Loi type en matière de publicité ne sont que des conditions minimums. La réglementation des marchés peut exiger des entités adjudicatrices qu'elles publient l'invitation à soumettre une offre par des moyens supplémentaires permettant au plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance de la procédure de passation du marché. Il peut s'agir pour l'entité, par exemple, d'afficher l'invitation sur des panneaux officiels, de l'insérer dans un bulletin des marchés ou de l'envoyer aux chambres de commerce, aux missions commerciales étrangères dans son pays et aux missions commerciales de son pays à l'étranger[6]. Si l'entité adjudicatrice utilise des moyens de publicité et de communication électroniques, elle peut inclure dans l'invitation un lien Web vers le dossier de sollicitation, approche qui semble avantageuse en termes tant d'efficacité que de transparence.

18. Comme l'indique son paragraphe 3, l'article ne s'applique pas en cas de procédure de préqualification, ce qui ne signifie pas qu'une large sollicitation internationale n'est pas nécessaire en l'espèce; au contraire, une participation ouverte est obligatoire dans cette procédure. Toutefois, la sollicitation se déroule de manière différente: l'invitation à soumettre une offre ou à participer à l'enchère est précédée d'une invitation à participer à la préqualification. Cette dernière doit être publiée conformément aux dispositions de l'article 17-2, qui s'alignent sur celles de l'article 32. On assure ainsi une large diffusion internationale auprès des fournisseurs et entrepreneurs potentiellement intéressés également en cas de procédure de préqualification, sauf dans les situations visées à l'article 32-4. [Renvoi aux commentaires appropriés relatifs aux principes de la préqualification ouverte.]

---

[6] Cette phrase se fonde sur le commentaire de 1994 relatif à l'article 24 de la Loi type de 1994. Elle aborde un point général qu'il serait peut-être plus approprié de mentionner dans les commentaires généraux relatifs à la sollicitation, par exemple dans l'introduction de la section II du chapitre II, auquel cas il suffira d'y renvoyer ici. Le passage qui suit sur la publication électronique pourrait également être inséré dans lesdits commentaires.

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

"**Article 47. Appel d'offres en deux étapes**

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de présenter, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions[7] sans indication de prix. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre. Lorsqu'elle engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions.

4. a) Durant la deuxième étape, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive, accompagnée d'un prix, sur la base des conditions révisées de la passation de marché;

b) Lorsqu'elle révise les conditions applicables à la passation de marché, elle peut:

i) Supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché énoncées initialement, et ajouter toute nouvelle caractéristique qui soit conforme aux exigences de la présente Loi;

ii) Supprimer ou modifier tout critère d'examen ou d'évaluation des offres énoncé initialement et ajouter tout nouveau critère qui soit conforme aux exigences de la présente Loi, dans la mesure uniquement où cette suppression ou modification est rendue nécessaire par la modification des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché;

c) Les suppressions, modifications ou ajouts effectués en application de l'alinéa b) du présent paragraphe sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive;

---

[7] Le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander de remplacer le terme "propositions" par "solutions proposées" pour éviter toute confusion avec la procédure de demande de propositions.

d) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir;

e) Les offres définitives sont évaluées en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article 42-4 b) de la présente Loi."

Commentaire proposé:

19. Le présent article régit les procédures à suivre dans l'appel d'offres en deux étapes. Le paragraphe 1 rappelle que les règles de l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes, sauf lorsque les procédures propres à ce dernier exigent des modifications. Certaines règles de l'appel d'offres ouvert sont applicables telles quelles, notamment celles qui concernent les procédures de sollicitation des offres (art. 35), la teneur de l'invitation à soumettre une offre (art. 36) et la communication du dossier de sollicitation (art. 37). D'autres règles du chapitre III exigeront une modification en raison des particularités de l'appel d'offres en deux étapes décrites aux paragraphes 2 à 4 de l'article 47. Par exemple, les dispositions de l'article 38 sur la teneur du dossier de sollicitation qui font référence au prix des offres ne sont pas pertinentes lorsque des offres initiales sont sollicitées. Les dispositions de l'article 40 sur la période de validité, la modification et le retrait des offres doivent être lues conjointement avec le paragraphe 4 d) de l'article 47, qui permet à un fournisseur ou entrepreneur ne souhaitant pas présenter une offre définitive de se retirer de la procédure sans perdre la garantie de soumission (les raisons qui justifient la dérogation aux règles de l'appel d'offres ouvert figurent au paragraphe [30] ci-dessous).

20. Certaines dispositions du chapitre III, telles que l'article 41 sur l'ouverture des offres et les dispositions de l'article 42 sur l'évaluation des offres, ne seront applicables qu'aux offres définitives soumises en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. Les dispositions de l'article 39 relatives à la présentation des offres et celles de l'article 42 relatives à l'examen des offres seront, en revanche, applicables tant aux offres initiales qu'aux offres définitives. Les dispositions de l'article 43, qui interdisent les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs une fois les offres soumises, doivent être interprétées, dans le contexte de l'appel d'offres en deux étapes, comme n'excluant pas la possibilité de discussions, pour autant qu'il ne s'agisse pas de négociations, entre l'entité adjudicatrice et tout fournisseur ou entrepreneur au sujet de son offre initiale. L'interdiction de tenir des négociations s'applique tout au long de la procédure d'appel d'offres en deux étapes (y compris la période consécutive à la soumission des offres définitives).

21. Le paragraphe 2 contient des règles spécifiques pour la sollicitation des offres initiales, qui modifient les règles de sollicitation du chapitre III. Durant cette étape, l'entité adjudicatrice peut solliciter des propositions de solutions concernant toute condition de la passation de marché autre que le prix des offres. Compte tenu des conditions d'utilisation de cette méthode de passation (voir art. 29-1; pour le commentaire sur cet article, voir les paragraphes […] ci-dessus), elle devrait solliciter diverses solutions liées, en premier lieu, aux exigences techniques et qualitatives que doit remplir l'objet du marché et, le cas échéant, à la compétence et aux qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs. Certaines exigences qualitatives peuvent avoir un impact commercial, comme

l'acquisition ou le transfert de droits de propriété intellectuelle: ces aspects peuvent à juste titre figurer parmi les conditions de la passation de marché et être discutés avec les fournisseurs. Par exemple, le dossier de sollicitation exigera peut-être des solutions pour l'utilisation de la propriété intellectuelle (ces droits pourraient être pris sous licence ou acquis). Dans ce cas, ces exigences font partie des aspects techniques du marché. Dans le cas contraire, les coûts liés à l'utilisation de la propriété intellectuelle concernée feront simplement partie du prix de l'offre soumis à la deuxième étape.

22. L'article ne prévoit pas de règles spécifiques pour la présentation et l'examen des offres initiales. Les dispositions pertinentes du chapitre III s'appliquent. En particulier, les dispositions applicables de l'article 42-3 régissent les cas où le rejet de l'offre initiale sera possible: à savoir lorsque le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté l'offre n'a pas les qualifications requises; que l'offre présentée n'est pas conforme; ou qu'un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs prévus à l'article 20 (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). Les autres motifs de rejet mentionnés à l'article 42-3 ne s'appliquent pas; ils concernent les situations où les prix des offres sont examinés, ce qui n'est pas le cas durant la première étape de l'appel d'offres en deux étapes. Tous les fournisseurs dont les offres ne sont pas rejetées sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

23. Le paragraphe 3 prévoit la possibilité de tenir des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée, au sujet de tout aspect de leur offre. Les discussions peuvent porter sur tout aspect de la passation à l'exception du prix et ne doivent pas s'apparenter à des négociations (sur ce point, voir les commentaires aux paragraphes […] ci-dessus). Les discussions ne seront pas toujours nécessaires car il est possible que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'affiner et d'arrêter elle-même les conditions de la passation, sur la base des offres initiales reçues. Les dispositions du paragraphe 3 exigent que, lorsque l'entité adjudicatrice décide d'engager des discussions, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés des chances égales d'y participer.

24. Le paragraphe 4 régit les procédures à suivre dans les étapes suivantes de l'appel d'offres en deux étapes, dans la mesure où elles diffèrent des règles de l'appel d'offres ouvert indiquées au chapitre III de la Loi type. Il régit également les questions qui découlent de la préparation et de la communication des conditions révisées finales, comme les modifications que l'entité adjudicatrice est autorisée à apporter aux conditions initialement annoncées.

25. L'alinéa a) oblige l'entité adjudicatrice à inviter tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive, en réponse aux conditions révisées de la passation de marché. L'offre définitive est équivalente à l'offre soumise lors d'un appel d'offres ouvert en ce que sa conformité à la sollicitation sera évaluée et qu'elle inclura le prix.

26. L'alinéa b) porte sur les changements pouvant être apportés aux conditions de la passation de marché annoncées initialement. Il est permis d'apporter des changements (suppressions, modifications ou ajouts) aux aspects techniques et qualitatifs de l'objet du marché et aux critères d'examen et d'évaluation des offres, dans certaines conditions qui visent à limiter la latitude de l'entité adjudicatrice à cet égard. Étant donné que l'objectif de la Loi type est d'assurer un traitement juste

et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs, la modification des aspects techniques et qualitatifs à la suite de la première étape de la procédure ne peut pas entraîner une modification de la description de l'objet du marché annoncée initialement. Si la description de l'objet du marché est modifiée, une nouvelle procédure de passation doit être engagée pour permettre à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs d'y participer (y compris les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales ont été rejetées ou qui auraient désormais les qualifications requises). L'article 15-3 entre en jeu dans ce contexte: il prévoit que l'entité adjudicatrice doit publier à nouveau les informations concernant la passation si, à la suite d'une clarification et d'une modification du dossier de sollicitation, les informations publiées lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent substantiellement inexactes (pour les commentaires sur l'article 15-3, voir les paragraphes […] ci-dessus).

27. L'alinéa b) i) porte sur les modifications pouvant être apportées à la description de l'objet du marché. Elles concernent essentiellement les aspects techniques et qualitatifs de ce dernier compte tenu de l'objectif principal de l'appel d'offres en deux étapes: à savoir préciser davantage les spécifications techniques et qualitatives de l'objet du marché, réduire les options possibles à celle qui répondrait le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice et, sur cette base, arrêter un ensemble unique de conditions applicables à la passation.

28. La modification des aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché peut exiger de modifier aussi les critères d'examen et/ou d'évaluation; autrement, ces critères, lors de la deuxième étape, ne correspondraient plus aux aspects techniques et qualitatifs applicables. L'alinéa b) ii) n'autorise donc que les modifications rendues strictement nécessaires par les changements apportés aux aspects techniques ou qualitatifs de l'objet du marché.

29. L'alinéa c) exige que toute modification des conditions de la passation de marché telles qu'annoncées initialement soit portée à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs, dans l'invitation à présenter une offre définitive.

30. L'alinéa d) autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à ne pas soumettre une offre définitive sans perdre la garantie de soumission qu'ils ont pu être tenus de fournir pour participer à la première étape. Cette dernière disposition vise à renforcer la participation des fournisseurs ou entrepreneurs étant donné que, à la date limite de soumission des offres initiales, ils ne sont pas censés savoir quels changements seront apportés par la suite aux conditions de la passation. Compte tenu des caractéristiques de cette méthode de passation, toutefois, la garantie de soumission sera très probablement exigée pour la présentation des offres définitives et non pour celle des offres initiales.

31. L'alinéa e) soumet les procédures suivies pour l'examen et l'évaluation des offres définitives et la détermination de l'offre à retenir aux règles de l'appel d'offres ouvert du chapitre III de la Loi type.

32. Les États adoptants devraient noter l'importance particulière des dispositions de l'article 23 sur la confidentialité dans le contexte de cette méthode de passation de marché (comme dans toute autre méthode de passation prévue au chapitre V). Le risque de révéler, par inadvertance ou d'une autre manière, des informations commercialement sensibles de fournisseurs ou d'entrepreneurs concurrents peut se

poser non seulement à l'étape des discussions mais également dans la formulation des conditions révisées de la passation (par exemple, dans l'utilisation d'exigences, de symboles et de termes pour décrire les aspects techniques et qualitatifs révisés de l'objet du marché, qui peuvent involontairement révéler la source d'information) et lors de la communication aux fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux dispositions du paragraphe 4 c), des modifications apportées aux conditions initialement annoncées. Selon les dispositions de l'article 23, l'entité adjudicatrice doit respecter la confidentialité des propositions techniques des fournisseurs ou entrepreneurs tout au long du processus. L'importance de cette garantie ne devrait pas être sous-estimée si l'on veut préserver l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus, et garantir la participation des fournisseurs ou entrepreneurs aux procédures actuelles ou futures de passation des marchés en deux étapes.

On trouvera à la section 4 ci-dessous un examen des modifications concernant les procédures par rapport au texte de 1994.

4. Points concernant la procédure d'appel d'offres en deux étapes qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

33. Les dispositions relatives à la procédure d'appel d'offres en deux étapes qui figurent dans la Loi type révisée se fondent sur les dispositions de la Loi type de 1994 qui régissent la même méthode de passation de marché (art. 19-1). Des modifications ont été apportées aux dispositions de 1994 pour préciser davantage la principale condition d'utilisation de cette méthode (telle qu'indiquée à l'alinéa a) de l'article 29-1) et pour la distinguer des conditions d'utilisation des autres méthodes de passation du chapitre V (dans le texte de 1994, les mêmes conditions d'utilisation s'appliquaient à trois méthodes de passation: appel d'offres en deux étapes, sollicitation de propositions et négociation avec appel à la concurrence). En outre, la formulation des conditions d'utilisation à l'alinéa a) a été amendée pour indiquer clairement que les discussions avec des fournisseurs ou entrepreneurs sont une caractéristique facultative de la méthode.

34. La référence à l'approbation d'un organe externe pour pouvoir utiliser cette méthode de passation, qui figurait dans le texte de 1994, a été supprimée conformément à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger de manière générale dans la Loi type révisée que l'entité adjudicatrice sollicite l'approbation d'un autre organe pour prendre telle ou telle mesure (pour plus d'indications sur ce point, voir les paragraphes […] ci-dessus).

Procédures

35. Les procédures à suivre pour l'appel d'offres en deux étapes se basent sur l'article 46 de la Loi type de 1994. Les paragraphes 3 et 4 de l'article ont été révisés sur le fond pour préciser davantage les dispositions et pour renforcer les garanties contre les abus dans le cadre de cette méthode de passation [ce point sera développé ultérieurement].

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II et V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives à la demande de propositions avec dialogue.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent la demande de propositions avec dialogue.]

...

Commentaire concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"**Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (... demande de propositions avec dialogue...)**

2. (Sous réserve d'approbation par [nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation]), l'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 48 de la présente Loi lorsque:

a) Elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article 10 de la présente Loi[1] et estime

[1] Le Groupe de travail voudra peut-être rectifier une inexactitude relevée dans cette condition d'utilisation lors des consultations d'experts relatives au projet de commentaire sur cette méthode de passation. L'article 10-1 n'exige aucun niveau de détail particulier dans la

qu'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins;

b) Elle souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) Elle conclut que la méthode choisie est, pour la passation de marché, celle qui convient le mieux à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État; ou

d) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché conformément à l'article 18-1 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 2 prévoit les conditions d'utilisation de la méthode de passation appelée "demande de propositions avec dialogue", procédure conçue pour la passation des marchés de biens, de travaux et de services relativement complexes. Comme pour toutes les méthodes prévues dans la Loi type, celle-ci n'est pas réservée à un type de marché précis (qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services). De même, comme pour toutes les méthodes prévues, l'entité adjudicatrice pourra choisir cette méthode lorsque les conditions d'utilisation sont remplies et qu'il s'agit selon elle de la plus appropriée compte tenu des circonstances. L'article 27 (qui énonce les règles générales applicables au choix d'une méthode de passation et sur lequel on trouvera des indications au ...), le paragraphe 2 de cet article qui définit les conditions d'utilisation de cette méthode de passation, ainsi que les procédures particulières qui la régissent (énoncées à l'article 48), aideront l'entité adjudicatrice à prendre une décision en la matière.

2. La procédure de demande de propositions avec dialogue comprend deux étapes. Dans la première, l'entité adjudicatrice émet une sollicitation qui décrit ses besoins pour aider les fournisseurs à élaborer leur proposition. Ces besoins peuvent être exprimés de manière fonctionnelle ou en termes de performance ou de résultat mais doivent inclure les exigences techniques minimales. La deuxième étape de la procédure vise à permettre aux fournisseurs et entrepreneurs, en dialoguant avec l'entité adjudicatrice, de comprendre les besoins de cette dernière, tels qu'ils sont énoncés dans sa demande de propositions. À l'issue du dialogue, ceux-ci soumettent leur meilleure offre définitive pour répondre à ces besoins. Les offres soumises peuvent être identiques en certains points et différer considérablement sur d'autres, notamment en ce qui concerne les solutions techniques qu'elles proposent. Cette

---

description de l'objet du marché à inclure dans le dossier de sollicitation, et l'article 10-4 mentionne simplement "la description" sans la qualifier. Les exigences de l'article 10 pourraient par conséquent toujours être remplies. On pourrait modifier la formulation pour faire référence, au paragraphe 2 a) de l'article 29, à une "description complète", et modifier les paragraphes 1 et 4 de l'article 10 pour exiger qu'une description complète conforme aux exigences minimales prévues dans ce paragraphe 4 figure dans le dossier de sollicitation.

méthode donne par conséquent la possibilité à l'entité adjudicatrice de comparer différentes solutions techniques et différentes variantes et options pour répondre à ses besoins. Contrairement à l'appel d'offres en deux étapes (méthode similaire sur le plan de la procédure, mais pas sur le fond), il n'est pas prévu dans ce cas que l'entité adjudicatrice élabore une description technique complète de l'objet du marché.

3. Les méthodes fondées sur ce type de dialogue se sont révélées avantageuses pour l'entité adjudicatrice dans la passation de marchés de travaux et de services complexes, où le coût d'opportunité découlant de l'absence de négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs est élevé, alors que les gains économiques associés à la tenue de négociations sont évidents. Elles conviennent par exemple dans la passation de marchés de travaux d'architecture ou de construction, où de nombreuses solutions peuvent répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, et où les négociations sont le seul moyen d'évaluer les compétences et les connaissances spécialisées du fournisseur ou de l'entrepreneur. La complexité ne doit pas nécessairement être de nature technique: dans les projets d'infrastructure, par exemple, les différents emplacements et types de construction peuvent être les principales variables. Dans ce genre de situations, cette méthode permet à l'entité adjudicatrice de déterminer et d'obtenir la solution qui répond le mieux à ses besoins.

4. Étant donné que le dialogue se traduit généralement par des procédures complexes et longues, cette méthode devrait uniquement être utilisée lorsque ses avantages sont suffisants, et non pour des articles simples habituellement acquis par des méthodes de passation sans interaction avec les fournisseurs. Ainsi, elle n'est pas destinée à être utilisée dans les cas où des négociations sont nécessaires pour des raisons d'urgence ou lorsque la concurrence est insuffisante (dans de tels cas, le recours aux négociations avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique est autorisé par la Loi type révisée). Elle ne s'applique pas aux négociations visant uniquement des améliorations techniques et/ou des réductions de prix, qui sont envisagées dans la demande de propositions avec négociations consécutives, ni non plus aux situations dans lesquelles il conviendrait d'utiliser une procédure d'appel d'offres en deux étapes, conformément au paragraphe 1 de cet article – c'est-à-dire lorsque l'entité adjudicatrice doit préciser ses besoins et envisage de formuler un ensemble unique de conditions (y compris des spécifications) pour la passation, en réponse auquel les offres pourront être présentées.

5. Le paragraphe 2 a) de cet article énonce ce qui devrait être normalement le principal cas de recours à la demande de propositions avec dialogue, à savoir lorsque l'entité adjudicatrice est dans l'impossibilité de formuler une description complète de l'objet du marché au début de la procédure et devra se lancer dans plusieurs phases de dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont capables de fournir l'objet en question pour trouver des solutions acceptables répondant à ses besoins. Dans la pratique, l'entité adjudicatrice doit pouvoir décrire ses besoins généraux au début de la passation de manière fonctionnelle (ou en termes de performance ou de résultat). Cette exigence vise à souligner le fait qu'une mauvaise planification risque d'entraîner l'échec de la passation. En outre, elle est nécessaire pour que l'entité adjudicatrice indique les exigences techniques

minimales visées à l'article 48 et pour assurer une participation efficace des fournisseurs ou entrepreneurs.

6. Tout comme la situation envisagée à l'alinéa a) du paragraphe 2, celle décrite à l'alinéa b) concerne les passations dans lesquelles l'entité adjudicatrice a besoin d'une solution sur mesure (par exemple un système informatique d'archivage de documents juridiques présentant des caractéristiques particulières, comme l'accessibilité à long terme) et dans lesquelles l'excellence technique est un élément important. La troisième condition, prévue à l'alinéa c), concerne la passation de marchés pour la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État. Elle englobe généralement les secteurs de la sécurité et de la défense, où la passation peut porter sur des objets et/ou des conditions de fourniture extrêmement complexes, tout en exigeant des mesures de protection des informations classifiées.

7. La dernière condition d'utilisation prévue à l'alinéa d) est identique à l'une des conditions du recours à l'appel d'offres en deux étapes, à savoir qu'une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée, mais a échoué. Dans ce genre de situation, l'entité adjudicatrice doit analyser les raisons de l'échec de la procédure. Si elle arrive à la conclusion qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi n'aboutirait pas, elle en déduira peut-être aussi qu'elle a des difficultés à formuler des conditions de passation suffisamment précises au début de la procédure. Les raisons de cet échec devraient l'aider à choisir entre l'appel d'offres en deux étapes conformément au paragraphe 1 b) de cet article et la demande de propositions avec dialogue conformément au paragraphe 2 d) de cet article. Pour recourir à cette dernière, l'entité adjudicatrice devrait conclure qu'il ne serait pas possible ou approprié de formuler un ensemble complet et unique de conditions et que, par conséquent, le dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire pour que la passation aboutisse.

8. Les États adoptants devraient avoir connaissance de la pratique accumulée dans l'utilisation de méthodes de passation reposant sur un dialogue du genre envisagé dans la Loi type, et notamment des avantages, des inconvénients et des risques que ces méthodes comportent. Il est évident que la méthode présuppose l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation dans la prise de décision par l'entité adjudicatrice, qui doit dès lors connaître et maîtriser suffisamment les outils de négociation pour faire face à ceux utilisés par ses interlocuteurs participant au dialogue, sous peine d'être en position de désavantage pour négocier pendant celui-ci. Bien que les fournisseurs et entrepreneurs, et non l'entité adjudicatrice, fassent des propositions pour répondre à ses besoins, ils ne devraient pas avoir la haute main sur la définition de ces besoins.

9. La Loi type régit cette méthode de passation en détail pour limiter les risques et les difficultés qu'elle peut entraîner lorsqu'elle est utilisée à mauvais escient ou sans le degré d'attention et de compétence requis pour en faire bon usage. Les conditions prévues au paragraphe 2 peuvent apaiser les craintes d'un recours inapproprié à cette méthode, en empêchant effectivement son utilisation pour l'achat d'articles qui devraient être acquis par voie d'appel d'offres ou d'autres méthodes de passation moins souples.

10. En plus d'imposer de multiples conditions d'utilisation, la Loi type révisée mentionne la possibilité d'exiger que le recours à cette méthode soit approuvé par

un organe externe. Si un État adoptant décide de prévoir une approbation préalable par une autorité désignée à cet effet, il doit adopter le contenu de la parenthèse figurant dans le chapeau du paragraphe 2. [Il s'agit d'une mesure exceptionnelle, car la CNUDCI a décidé, de manière générale, de ne soumettre aucune méthode de passation à l'approbation d'une autorité supérieure dans la Loi type révisée (voir le commentaire sur ce point aux paragraphes ... ci-dessus).] Une exception a été admise dans ce cas pour indiquer aux États adoptants que des mesures de contrôle par une autorité supérieure pourraient se justifier compte tenu des caractéristiques particulières de cette méthode de passation qui l'exposent aux abus, risque qu'il pourrait être difficile d'atténuer dans certains États adoptants.

11. Si cette disposition est adoptée, il appartiendra à l'État adoptant de désigner une autorité d'approbation et de définir ses prérogatives dans la procédure de passation. Il devra notamment décider si cette autorité voit ses prérogatives s'arrêter dès lors qu'elle a autorisé l'entité adjudicatrice à recourir à cette méthode, ou si elle exerce aussi ensuite une certaine forme de supervision de la manière dont la procédure est menée. La bonne pratique voudrait que l'autorité d'approbation soit indépendante de l'entité adjudicatrice dans l'exercice de ses fonctions, et ait le pouvoir d'interdire le recours à la méthode si l'entité adjudicatrice ne possède pas le cadre institutionnel, les capacités et le niveau d'intégrité voulus, ou si elle envisage d'y recourir sans que cela soit justifié (par exemple pour éviter la préparation appropriée de la passation du marché et pour transférer la responsabilité de la définition de ses besoins aux fournisseurs et entrepreneurs).

12. L'article 48 régit en détail les procédures liées à cette méthode de passation, en prévoyant des garanties contre les utilisations abusives ou impropres qui peuvent en être faites, ainsi que des mesures de contrôle strictes. Toutefois, il préserve également la souplesse et la marge d'appréciation nécessaires à l'entité adjudicatrice dans l'utilisation de cette méthode, sans lesquelles cette dernière perdrait ses avantages. Ses dispositions ont été alignées sur les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (voir par. ... ci-après)[2].

13. Les garanties visent en particulier: a) à assurer la transparence en exigeant que toutes les parties concernées soient informées de manière appropriée des décisions essentielles prises au début, pendant et à la fin de la procédure de passation, tout en préservant la confidentialité des informations commercialement sensibles, comme l'exige l'article 23; b) à assurer l'objectivité, la certitude et la prévisibilité dans le processus, en exigeant en particulier que toutes les méthodes visant à limiter ou à réduire le nombre de participants soient indiquées dès le début la procédure, ainsi qu'en limitant la portée des modifications qui peuvent être apportées aux conditions de la passation et en interdisant la tenue de négociations après la présentation des meilleures offres définitives; c) à encourager une concurrence effective par le biais du même mécanisme; d) à renforcer la participation et à assurer le traitement équitable des fournisseurs et entrepreneurs en exigeant que le dialogue soit mené de façon concomitante et par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice, en régissant la communication des informations par l'entité adjudicatrice aux fournisseurs et entrepreneurs participant à la phase de dialogue et en prévoyant des

---

[2] Les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et le Guide législatif de la CNUDCI sur le même sujet, accessibles à la date de la présente note à l'adresse:www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

règles applicables aux étapes postérieures au dialogue; et e) à imposer une obligation de rendre des comptes en exigeant la conservation de tous les documents, exigence qui vient compléter les dispositions de l'article 24.

14. D'autres mesures visent à renforcer la participation des fournisseurs à une passation reposant sur cette méthode. Par exemple, celle-ci implique nécessairement que les fournisseurs ou entrepreneurs participants investissent beaucoup de temps et de ressources dans leur participation. S'ils n'ont pas de chances raisonnables de remporter le marché à la fin du processus, cette participation sera découragée. C'est pourquoi les procédures prévues pour cette méthode prévoient un dispositif permettant à l'entité adjudicatrice de limiter les participants à un nombre approprié.

15. De même, les fournisseurs ou entrepreneurs ne seront pas disposés à participer si leurs propositions, qui ont une valeur commerciale, sont ensuite transformées en une description accessible à tous les participants potentiels. Comme il est expliqué plus haut, les procédures prévues pour cette méthode prévoient des garanties car elles n'envisagent pas la communication d'un ensemble complet de conditions du marché sur la base desquelles des propositions pourraient être présentées à n'importe quelle étape de la passation (contrairement à ce qui se passe pour l'appel d'offres en deux étapes). Un ensemble unique d'exigences minimales et une liste de critères d'évaluation sont mis à disposition au début de la procédure, qui ne peuvent pas être modifiés par la suite. Pendant la phase de dialogue, l'entité adjudicatrice évalue les propositions de divers fournisseurs ou entrepreneurs à partir de ces exigences et critères. Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent avoir plusieurs occasions d'améliorer leurs propositions d'origine ou subséquentes pour les ajuster en fonction des besoins de l'entité adjudicatrice, tels qu'ils sont précisés pendant le dialogue. La dernière étape, à savoir la sélection de la proposition à retenir au terme de la phase de dialogue, consiste à évaluer les meilleures offres définitives qui contiennent la proposition définitive de chaque fournisseur ou entrepreneur et les conditions de leur offre respective.

16. Le dialogue doit être mené "de façon concomitante". On a utilisé ce terme dans le texte pour souligner le fait que tous les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir des chances égales de participer au dialogue, et qu'il n'y a pas de discussions consécutives. Avec ce terme, on cherche aussi à éviter de donner l'impression que le dialogue doit être mené exactement en même temps avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui présupposerait que divers responsables de la passation ou comités de négociation composés de différents responsables de la passation mèneraient le dialogue, situation qui n'a pas été jugée souhaitable, car elle risquait de se traduire par une inégalité de traitement des fournisseurs et entrepreneurs. On trouvera des indications sur la conduite de ce dialogue aux paragraphes [...] ci-après.

17. Les États adoptants devraient reconnaître que les règles et procédures apportant des garanties ne suffiront pas à elles seules. Elles doivent être appuyées par un cadre institutionnel approprié, des mesures de bonne gouvernance, des normes d'administration rigoureuses et des personnels chargés de la passation hautement qualifiés. L'expérience des banques multilatérales de développement montre que la mise en place du cadre institutionnel et des garanties préalablement requis pour utiliser cette méthode s'est révélée être l'une des réformes les plus difficiles à mettre en œuvre.

18. Un exemple de mesure d'appui qui pourrait limiter les risques de corruption et d'abus inhérents au type de dialogue utilisé dans cette méthode, qui sont plus élevés que dans d'autres méthodes moins souples, est le recours à des "agents de probité" indépendants, qui peuvent observer le déroulement du dialogue. Une telle observation peut empêcher que des informations commercialement sensibles, telles que le prix, ne soient divulguées aux concurrents, et que des informations importantes soient communiquées uniquement aux fournisseurs favorisés. L'État adoptant voudra peut-être encourager les entités adjudicatrices à prendre des mesures pratiques de ce genre dans le cadre des outils de gestion nécessaires à une utilisation efficace de cette méthode de passation.

19. En raison des caractéristiques inhérentes à cette méthode, et des risques qui lui sont associés, certaines banques multilatérales de développement peuvent avoir des difficultés générales à en autoriser l'utilisation dans les projets qu'elles financent, surtout pour les services quantifiables (ou non intellectuels) ainsi que les services intellectuels pour lesquels des négociations consécutives et non concomitantes seraient plus appropriées. En prévoyant l'approbation préalable par une autorité désignée à cet effet [et en définissant un seuil] pour le recours à cette méthode de passation, on répondra peut-être aux préoccupations des banques multilatérales de développement, qui craignent qu'elle ne soit utilisée dans des circonstances inadéquates et en l'absence du cadre et des capacités requis du côté de l'entité adjudicatrice[3].

2. Sollicitation

[Voir le commentaire relatif à la demande de propositions sans négociation.]

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

[Article 48. Demande de propositions avec dialogue

L'article n'est pas reproduit ici car la présente note dépasserait alors la limite fixée par l'Assemblée générale des Nations Unies pour le nombre de mots et de pages de la documentation établie par le Secrétariat.]

Commentaire proposé:

20. L'article régit les procédures à suivre dans le cadre de la demande de propositions avec dialogue, dont les différentes étapes sont les suivantes: a) demande facultative de manifestation d'intérêt, qui ne confère aucun droit aux fournisseurs ou entrepreneurs, pas même le droit de voir leur proposition évaluée par l'entité adjudicatrice. En ce sens, elle s'apparente à un préavis concernant la possibilité de marchés futurs, dont il est question à l'article 6-2 (voir le

[3] Le Groupe de travail a décidé qu'un commentaire détaillé sur les questions se posant lors du choix entre les méthodes prévues au chapitre V serait nécessaire dans le Guide, du point de vue tant des législateurs que des entités adjudicatrices, et que celui-ci devrait aborder les éléments de ce choix ne pouvant pas faire l'objet d'un texte législatif et devant s'inspirer d'exemples tirés de la pratique. Si le Groupe de travail estime que le commentaire ci-dessus est insuffisant, il est invité à fournir des indications supplémentaires au Secrétariat pour l'aider à le développer. Il conviendrait peut-être également de développer le commentaire relatif aux articles 26 et 27.

commentaire relatif à l'article 6 aux paragraphes … ci-dessus); b) une préqualification ou une présélection lorsque l'entité adjudicatrice s'attend à ce que les candidats qualifiés exprimant le souhait de participer dépassent le nombre optimum; en l'absence de préqualification ou de présélection, une sollicitation ouverte ou directe telle que prévue par l'article 34; c) envoi de la demande de propositions à ceux qui répondent à la sollicitation ouverte ou directe ou à ceux qui sont préqualifiés ou présélectionnés, selon le cas; d) dialogue concomitant, qui comprend généralement plusieurs sessions ou phases; e) clôture du dialogue avec l'envoi d'une demande de présentation des meilleures offres définitives; et f) attribution du marché. L'article régit ces différentes étapes dans l'ordre chronologique indiqué, à l'exception de la demande facultative de manifestation d'intérêt, qui, comme mentionné plus haut, relève des dispositions de l'article 6.

21. Le paragraphe 1, en renvoyant à l'article 34 de la Loi type, rappelle la règle applicable par défaut qui se trouve énoncée au paragraphe 1 de ce dernier article, à savoir que l'invitation à participer à la demande de propositions avec dialogue doit en principe faire l'objet d'une publicité aussi large que possible afin de garantir une participation et une concurrence étendues (sauf si la sollicitation est précédée d'une préqualification ou d'une présélection, toutes deux devant également faire l'objet d'une large publicité). L'entité adjudicatrice choisira le type de sollicitation en fonction des circonstances de la passation envisagée et sous réserve des exigences de l'article 34. (Voir le commentaire relatif à l'article 34 aux paragraphes … ci-dessus.) Les cas admettant une dérogation à la règle de la sollicitation ouverte, par exemple lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs susceptibles de fournir l'objet du marché est limité ou que la passation met en jeu des informations classifiées, sont décrits à l'article 34.

22. En cas de sollicitation ouverte sans préqualification ou présélection, l'entité adjudicatrice publie une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue, qui doit contenir les renseignements minimaux énumérés au paragraphe 2. Ces renseignements visent à aider les fournisseurs ou entrepreneurs à déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les renseignements sont semblables à ceux exigés pour l'invitation à soumettre une offre (art. 36). L'entité adjudicatrice peut ne pas mentionner la monnaie de paiement ni les langues exigées, dont il est question dans les alinéas j) et k), en cas de passation de marchés nationaux, si une telle mention est inutile en l'espèce. La mention de la ou des langues demeure toutefois importante dans certains pays multilingues en cas de passation nationale.

23. Le paragraphe 2 n'énonce que le minimum requis et n'empêche pas l'entité adjudicatrice d'inclure les renseignements supplémentaires qu'elle juge appropriés. L'entité adjudicatrice devrait cependant tenir compte du fait que l'invitation se veut habituellement brève pour mentionner les renseignements les plus importants sur la passation, autrement dit les renseignements les plus utiles pour le début de la procédure de passation. La demande de propositions contient toutes les autres informations sur la passation et développe également les renseignements fournis dans l'invitation (voir par. 5 de l'article). Cette solution aide à éviter les répétitions, les éventuelles incohérences et la confusion dans la teneur des documents que l'entité adjudicatrice communique aux fournisseurs ou entrepreneurs. Elle est souhaitable en particulier dans cette méthode de passation car il est possible que

certaines informations deviennent disponibles ou soient précisées dans les étapes suivantes de la procédure de passation (dans les limites autorisées par le paragraphe 9 de l'article).

24. Le paragraphe 3 régit la procédure de présélection, à laquelle l'entité adjudicatrice peut recourir pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions. Les dispositions ont été généralement alignées sur celles prévues, en matière de présélection, dans les instruments de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. La procédure de présélection permet à l'entité adjudicatrice d'indiquer dès le début de la passation que seul un certain nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant le mieux aux critères de qualification seront admis à participer à l'étape suivante de la procédure de passation. L'entité peut utiliser cet outil lorsqu'elle s'attend à voir de nombreux candidats qualifiés exprimer le souhait de participer à la procédure de passation de marché. La Loi type ménage cette possibilité uniquement pour cette méthode de passation: il est considéré qu'elle se justifie du fait que l'entité adjudicatrice devrait consacrer beaucoup de temps et d'argent à l'examen et à l'évaluation d'un grand nombre de propositions. Il s'agit donc d'une exception à la règle générale de la participation ouverte décrite au […] ci-dessus.

25. Le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis à participer à l'étape suivante de la procédure pourrait également, en fait, être limité à l'issue d'une préqualification. Cette dernière procédure ne peut toutefois pas être utilisée dans le cadre de la Loi type avec la certitude qu'elle limitera la participation à un nombre maximum prédéterminé, car elle se borne à exclure les fournisseurs non qualifiés dont les qualifications ne peuvent être qu'estimées préalablement. S'il s'avère que tous les fournisseurs ou entrepreneurs demandant à participer à la procédure de préqualification ont les qualifications requises, ils devront être admis à l'étape suivante de la procédure de passation de marché.

26. Les règles applicables à la procédure de préqualification régissent la présélection. Les dispositions de l'article 17 s'appliquent donc à la présélection, sauf dans la mesure où le paragraphe 3 y déroge (pour tenir compte de la nature et de l'objet de la procédure de présélection). Par exemple, à des fins de transparence et pour assurer un traitement équitable aux fournisseurs et entrepreneurs, le paragraphe 3 exige que l'entité adjudicatrice, dès le début de la passation, mentionne l'utilisation de la procédure de présélection, le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels elle demandera des propositions, la manière dont ce nombre sera sélectionné et les critères qui seront appliqués pour classer les fournisseurs ou entrepreneurs, lesquels devraient constituer des critères de qualification et être objectifs et non discriminatoires.

27. Le nombre maximum de fournisseurs à présélectionner doit être établi par l'entité adjudicatrice en fonction des circonstances de la passation envisagée de manière à assurer une concurrence effective. Le minimum devrait être de trois si possible. Si l'entité adjudicatrice décide d'édicter des règles concernant le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront admis à participer au dialogue (voir par. 5 g) de l'article), elle devrait établir le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions en tenant compte des nombres minimum et maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être admis au dialogue, tels qu'ils seront indiqués dans la demande de propositions conformément au paragraphe 5 g) de l'article. Il est recommandé que le nombre

maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à soumettre des propositions soit supérieur au nombre maximum admis au dialogue, afin que l'entité adjudicatrice puisse choisir, parmi un groupe plus important, les candidats les plus aptes à participer au dialogue. Pour permettre des recours efficaces, les dispositions exigent que l'entité adjudicatrice informe rapidement les fournisseurs ou entrepreneurs des résultats de la procédure de présélection et communique à ceux qui n'ont pas été présélectionnés les motifs de leur non-présélection.

28. Le paragraphe 4 précise le groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels sera adressée la demande de propositions. Selon les circonstances de la passation, il pourrait s'agir de tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont répondu à l'invitation ou, en cas de préqualification ou de présélection, uniquement de ceux qui sont préqualifiés ou présélectionnés, ou en cas de sollicitation directe, seulement de ceux qui ont été directement invités. Les dispositions contiennent également une règle standard, également prévue dans d'autres articles de la Loi type, selon laquelle le prix que l'entité adjudicatrice peut exiger pour la demande de propositions ne doit pas dépasser le coût de sa distribution aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés.

29. Le paragraphe 5 contient une liste des renseignements minimaux à inclure dans la demande de propositions afin d'aider les fournisseurs ou entrepreneurs à établir leurs propositions [et de permettre à l'entité adjudicatrice de comparer ces dernières sur la même base][4]. Cette liste fait largement pendant, quant au niveau de précision et au fond, aux dispositions régissant la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres (art. 38) et celle de la demande de propositions dans la procédure de demande de propositions sans négociation (art. 46-4). Les différences tiennent aux particularités procédurales de la méthode de passation.

30. L'entité adjudicatrice peut ne pas mentionner la monnaie de paiement, dont il est question à l'alinéa c), en cas de passation de marchés nationaux, si cette mention est inutile en l'espèce. Cette information et des renseignements du même ordre concernant le prix des propositions ne seront peut-être pas pertinents dans la passation de marchés de services consultatifs non quantifiables, pour lesquels le coût n'est pas un critère d'évaluation important si bien que les propositions initiales n'ont généralement pas besoin de mentionner les aspects financiers ou le prix. En revanche, s'agissant des critères d'évaluation mentionnés à l'alinéa h), l'accent sera mis, dans ce type de passation, sur les éléments suivants: l'expérience du prestataire de services pour la mission concernée, la qualité de la compréhension de la mission envisagée et de la méthodologie proposée, les qualifications du personnel clef proposé, le transfert de connaissances, si un tel transfert est un élément important de la passation du marché ou fait partie intégrante de la description de la mission et, le cas échéant, l'étendue de la participation de nationaux, parmi le personnel clef, à la prestation des services.

31. L'inclusion de tels critères pour l'évaluation n'empêche pas de spécifier un certain niveau requis en tant que critère de qualification au titre de l'article 9 et du paragraphe 2 e) du présent article. Alors que l'article 9 autorise l'entité adjudicatrice à ne pas évaluer ou étudier les propositions des fournisseurs ou entrepreneurs non qualifiés, en spécifiant les mêmes critères que ceux destinés à l'évaluation, elle sera en mesure de comparer, par exemple, l'expérience requise d'un prestataire de

---

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le passage entre crochets est exact dans le contexte de cette méthode de passation.

services avec celle des autres prestataires. À partir de cette comparaison, elle pourrait avoir plus ou moins confiance en l'aptitude d'un fournisseur ou entrepreneur donné qu'en celle d'un autre pour mettre en œuvre la proposition[5].

32. Alors que le dialogue se concentrera généralement sur les aspects techniques ou sur les questions juridiques ou d'autres questions connexes, il se peut que l'objet de la passation et la situation du marché permettent voire encouragent l'entité adjudicatrice à intégrer le prix dans ce dialogue. Il est en outre impossible dans certain cas de séparer le prix des autres critères. C'est pourquoi il peut être demandé aux fournisseurs ou entrepreneurs d'indiquer un prix préliminaire dans leur proposition initiale. Le prix est toujours mentionné dans les meilleures offres définitives.

33. Le paragraphe 5 g) s'applique aux situations dans lesquelles l'entité adjudicatrice, compte tenu des circonstances de la passation envisagée, décide d'établir un nombre minimum et/ou un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs avec lesquels elle dialoguera. Cette limitation devrait viser à obtenir le nombre optimal de participants, en tenant compte du fait que, dans la pratique, la tenue de négociations concomitantes avec de nombreux fournisseurs s'est avérée très difficile voire impossible, et risque de décourager la participation. Les dispositions mentionnent le nombre minimum souhaitable de trois. Elles sont complétées par les dispositions des paragraphes 6 b) et 7.

34. Le paragraphe 5 h) mentionne les critères et procédure pour évaluer les propositions conformément à l'article 11, qui prévoit en particulier des exceptions aux règles applicables par défaut concernant l'attribution d'un coefficient de pondération à tous les critères d'évaluation afin de tenir compte des spécificités de cette méthode de passation. Ces spécificités peuvent en effet empêcher l'entité adjudicatrice de déterminer dès le début de la passation les coefficients de pondération à attribuer à tous les critères d'évaluation. L'article 11 permet par conséquent d'énumérer les critères applicables par ordre décroissant d'importance. Lorsque les sous-critères sont déjà connus au départ, ils devraient également être mentionnés et se voir attribuer, si possible, un coefficient de pondération; à défaut de coefficient, ils devraient également être énumérés dans l'ordre décroissant d'importance. Il est admis que, selon les types de passation, il faudra être plus ou moins souple en ce qui concerne la spécification des critères et procédure d'évaluation dans cette méthode. Toutefois, il est important de donner une description fidèle des critères et procédure d'évaluation dès le début de la procédure de passation à des fins générales de transparence[6].

35. Dans le contexte du paragraphe 5 m) exigeant que l'entité adjudicatrice spécifie dans la demande de propositions toutes autres règles s'appliquant à la procédure de passation, il peut être utile d'inclure le calendrier envisagé pour la passation. L'utilisation de cette méthode de passation exige généralement beaucoup de temps et de ressources de la part aussi bien de l'entité adjudicatrice que des fournisseurs ou entrepreneurs. Une estimation du calendrier de la passation dans la demande de propositions favorise une meilleure planification du marché et rend le

---

[5] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce point est valable dans d'autres méthodes de passation et s'il devrait être examiné dans le contexte général de la qualification.

[6] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce point est valable dans d'autres méthodes de passation et s'il devrait être examiné dans le contexte général de l'évaluation.

processus plus prévisible, notamment pour ce qui est de la durée maximale pendant laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs devraient consacrer leur temps et leurs ressources à la procédure. Elle donne également tant à l'entité adjudicatrice qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs une meilleure idée du moment où se tiendront différentes étapes de la procédure et des ressources (personnel, experts, documents, conception, etc.) qui seraient utiles et devraient être déployées à telle ou telle étape.

36. Une fois la demande de propositions adressée aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés, ces derniers devraient disposer d'un délai suffisant pour établir et soumettre leur proposition. Le délai applicable doit être mentionné dans la demande de propositions et peut être ajusté si cela est nécessaire, conformément aux exigences de l'article 14.

37. Le paragraphe 6 régit l'examen (vérification de la conformité) des propositions. Toutes les propositions doivent être examinées sur la base des critères minimums établis qui ont été notifiés aux fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à participer à la passation et/ou dans la demande de propositions. Il est possible que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis à l'étape suivante de la procédure de passation – dialogue – diminue suite au rejet des propositions non conformes, en d'autres termes celles qui ne satisfont pas aux critères minimums établis. Comme la procédure de préqualification (voir par. [25] ci-dessus), la procédure d'examen ne peut être utilisée pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis à participer à l'étape suivante. Si tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des propositions conformes, ils doivent tous être admis à participer au dialogue, sauf si l'entité adjudicatrice s'est réservée le droit de n'inviter qu'un nombre limité d'entre eux. Ainsi qu'il est indiqué pour le paragraphe 5 g) (voir par. [33] ci-dessus), l'entité peut se réserver ce droit dans la demande de propositions. Dans ce cas, si le nombre de propositions conformes dépasse le maximum établi, elle sélectionnera le nombre maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions. La Loi type ne régit pas elle-même ces critères et cette procédure, qui peuvent varier d'une passation à l'autre. On ne peut exclure un certain degré de subjectivité lors de la sélection dans cette méthode de passation. Le risque d'abus devrait être limité par l'obligation de spécifier la procédure et les critères de sélection applicables dans la demande propositions et de notifier rapidement les résultats de la procédure d'examen, y compris les motifs de rejet le cas échéant. Ces exigences devraient permettre aux fournisseurs lésés de contester efficacement les décisions de l'entité adjudicatrice. Des techniques de gestion pour surveiller la procédure peuvent également venir étayer ces règles.

38. Le paragraphe 7 dispose que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités au dialogue doit en tout état de cause être suffisant pour garantir une concurrence effective. Il mentionne le nombre minimum souhaitable de trois fournisseurs ou entrepreneurs, comme au paragraphe 5 g). Il ne sera cependant pas interdit à l'entité adjudicatrice de poursuivre la procédure de passation si une ou deux propositions conformes seulement sont présentées. Elle est autorisée à poursuivre la passation car, même si le nombre de propositions conformes est suffisant, elle n'a aucun moyen de faire en sorte que le nombre de concurrents reste le même jusqu'à la fin de la phase de dialogue: rien n'empêche les fournisseurs ou entrepreneurs de se retirer à tout moment du dialogue. [Ce problème peut être réglé dans une certaine mesure par l'exigence d'une garantie de soumission

conformément à l'article 16 (voir le commentaire relatif à l'article 16 aux paragraphes … ci-dessus).][7]

39. Le paragraphe 8 soumet les modalités du dialogue à deux conditions: qu'il soit tenu de façon concomitante et que les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice y participent afin d'assurer la cohérence des résultats. La disposition emploie le mot "représentants" de l'entité adjudicatrice au pluriel car il est de bonne pratique de recourir à des comités composés de plusieurs personnes, en particulier pour lutter contre la corruption. Cette exigence n'empêche pas l'entité adjudicatrice de mener le dialogue avec un seul fournisseur ou entrepreneur, comme il est expliqué plus haut. Le dialogue peut se dérouler en plusieurs sessions ou phases. À la fin de chaque session ou phase, la définition des besoins de l'entité adjudicatrice est affinée et les fournisseurs ou entrepreneurs participants se voient offrir la possibilité de modifier leur proposition sur la base de cette définition et des questions et commentaires formulés par le comité de négociation pendant le dialogue.

40. Les paragraphes suivants de l'article parlent des "fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition" pour montrer que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs présents au début du dialogue peut diminuer au fur et à mesure. Certains fournisseurs ou entrepreneurs peuvent décider de ne pas continuer à participer au dialogue ou peuvent être exclus de la suite des négociations par l'entité adjudicatrice pour des motifs autorisés par la Loi type ou par d'autres dispositions de la loi applicable dans l'État adoptant. Contrairement à certains systèmes prévoyant des méthodes de passation similaires, la Loi type ne confère pas à l'entité adjudicatrice le droit absolu de mettre fin au dialogue compétitif avec un fournisseur ou entrepreneur au seul motif, par exemple, qu'il n'aurait pas selon elle des chances raisonnables de se voir attribuer le marché. Le dialogue implique une modification constante des solutions et il ne serait pas juste d'éliminer un fournisseur au seul motif qu'à un moment donné du dialogue une solution n'apparaîtrait pas acceptable à l'entité adjudicatrice. Bien que la fin du dialogue avec un tel fournisseur puisse éviter tant à ce dernier qu'à l'entité adjudicatrice de gaspiller leur temps et leurs ressources (dont la quantité investie pourrait être importante dans ce type de passation) et permette de limiter par conséquent le risque de voir la concurrence réduite dans les passations futures, la CNUDCI est partie du principe que les menaces pesant sur l'objectivité, la transparence et l'égalité de traitement l'emportent largement sur les avantages.

41. D'un autre côté, il ne devrait pas être interdit à l'entité adjudicatrice de mettre fin au dialogue avec des fournisseurs ou entrepreneurs pour les motifs spécifiés dans la Loi type ou dans d'autres dispositions de la loi applicable dans l'État adoptant. Certaines dispositions de la Loi type obligeraient l'entité adjudicatrice à exclure des fournisseurs ou entrepreneurs de la procédure de passation. Par exemple, ces derniers doivent être exclus sur le fondement de l'article 20 (incitations, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts), ou s'ils n'ont plus les qualifications requises (par exemple en cas de faillite) ou s'ils s'écartent substantiellement, durant le dialogue, des critères minimums de conformité ou d'autres éléments clefs considérés comme non négociables dès le début de la passation. Dans ces cas, les

[7] Le Groupe de travail est invité à examiner si le passage entre crochets est exact, en particulier les chances d'obtenir une garantie de soumission lorsque les conditions de la passation sont dans une très large mesure indéfinies.

fournisseurs ou entrepreneurs lésés pourront toujours engager des recours efficaces conformément au chapitre VIII, car l'entité adjudicatrice sera tenue de leur notifier rapidement sa décision motivée de mettre fin au dialogue. Il peut être utile de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation des informations sur les motifs pour lesquels la loi oblige l'entité adjudicatrice à les exclure de la passation.

42. Le paragraphe 9 limite les modifications pouvant être apportées aux conditions de la passation énoncées au début de la procédure. Contrairement à l'article 15 qui régit la modification du dossier de sollicitation avant la présentation des soumissions/propositions, le paragraphe 9 traite de la limitation des modifications à tout aspect de la demande de propositions après la présentation des propositions initiales. La possibilité d'apporter de telles modifications est inhérente à cette méthode de passation de marché; en privant l'entité adjudicatrice d'une marge de manœuvre suffisante dans ce domaine, on risque d'aller à l'encontre du but de cette procédure. La nécessité d'apporter des modifications peut être justifiée compte tenu du dialogue mais également de circonstances sans rapport avec ce dernier (par exemple des mesures administratives).

43. Toutefois, les conséquences négatives d'un pouvoir discrétionnaire illimité risquent de l'emporter largement sur les avantages en termes de souplesse. Le paragraphe 9 vise à établir l'équilibre nécessaire en interdisant à l'entité adjudicatrice de modifier les conditions de la passation qui sont jugées si essentielles pour la procédure annoncée que leur modification devrait obliger à engager une nouvelle passation. Les conditions en question sont l'objet du marché, les critères de qualification et d'évaluation, les exigences minimales établies conformément au paragraphe 2 f) de l'article et tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition du marché que l'entité adjudicatrice exclut expressément du dialogue dès le début de la passation (en d'autres termes les éléments non négociables). Les dispositions n'empêcheraient pas les fournisseurs ou entrepreneurs de modifier leur propre proposition à l'issue du dialogue; toutefois, le fait de s'écarter de manière inacceptable des exigences essentielles de la passation (par exemple l'objet du marché, les exigences minimales ou les éléments non négociables) peut devenir un motif d'exclusion de la passation.

44. Le paragraphe 10 prévoit une mesure essentielle pour assurer l'égalité de traitement des fournisseurs et entrepreneurs lorsque l'entité adjudicatrice leur communique des informations durant le dialogue. Il soumet toute communication de ce type aux dispositions de l'article 23 sur la confidentialité, dont certaines sont spécialement destinées aux méthodes de passation prévues au chapitre V. Les questions de confidentialité se posent avec une acuité particulière dans cette méthode de passation compte tenu de la forme et de la vaste portée du dialogue. La règle générale veut qu'aucune information intéressant un fournisseur particulier ou sa proposition ne soit divulguée à aucun autre fournisseur participant au dialogue sans le consentement du premier. D'autres exceptions sont prévues à l'article 23-3 (divulgation exigée par la loi ou ordonnée par une autorité compétente ou autorisée dans le dossier de sollicitation). (Voir le commentaire relatif à l'article 23 aux paragraphes … ci-dessus.)

45. Un certain nombre de mesures pratiques doivent être appliquées pour assurer l'égalité de traitement à tous les participants pendant la phase de dialogue. La Loi type ne mentionne que les plus importantes d'entre elles: il s'agit par exemple des

mesures prévues au paragraphe 10 ainsi que de l'obligation pour les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice de tenir les négociations de façon concomitante (par. 8 tel qu'expliqué au paragraphe [39] ci-dessus). D'autres mesures, telles que le fait d'examiner la même question avec les participants de façon concomitante et pendant la même durée, devraient être étudiées en détail par les comités lorsqu'ils se préparent à la phase de dialogue. Les États adoptants voudront peut-être prévoir d'autres mesures pratiques dans les règlements en matière de passation des marchés.

46. À l'issue du dialogue, tous les participants restant en compétition doivent se voir accorder la même chance de présenter leur meilleure offre définitive, définie comme étant l'offre finale la meilleure par rapport à leur proposition respective. Cette définition met en évidence l'une des principales particularités de cette méthode de passation: l'entité adjudicatrice n'établit pas un ensemble complet et unique de conditions de la passation et se limite à énoncer les exigences techniques minimales sur la base desquelles les soumissions finales seront évaluées. Les paragraphes 11 et 12 régissent l'étape de la présentation des meilleures offres définitives. Les garanties qu'ils prévoient visent à assurer le maximum de concurrence et de transparence. L'invitation à soumettre les meilleures offres définitives doit indiquer les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont interdites une fois que ces offres ont été présentées et aucune autre invitation à soumettre de nouvelles offres ne peut être émise par la suite. Cette étape met donc fin à la phase de dialogue et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles proposées par les fournisseurs et entrepreneurs afin de limiter le risque indésirable que l'entité adjudicatrice n'utilise l'offre d'un fournisseur ou entrepreneur pour faire pression sur un autre, en particulier en ce qui concerne le prix proposé. Les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient autrement, en prévision de ce type de pression, être amenés à augmenter les prix proposés et l'intégrité du marché risque de s'en trouver compromise.

47. Le paragraphe 13 régit l'attribution du marché dans le cadre de cette méthode. Ce dernier doit être attribué à l'offre à retenir, laquelle est déterminée conformément aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions qui sont énoncés dans la demande de propositions. En faisant référence aux critères et à la procédure d'évaluation des propositions tels qu'énoncés dans la demande de propositions, la disposition rappelle qu'il est interdit de modifier ces critères et procédure durant le dialogue, interdiction énoncée au paragraphe 9 de l'article tel qu'il est expliqué aux paragraphes [42 et 43] ci-dessus.

48. L'entité adjudicatrice sera obligée de tenir un procès-verbal complet de la procédure de passation, y compris du dialogue avec chaque fournisseur ou entrepreneur, et de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés d'accéder aux parties du procès-verbal qui les intéressent, en conformité avec l'article 24. Il s'agit là d'une mesure essentielle dans cette méthode de passation pour permettre un contrôle efficace, notamment un audit, et d'éventuels recours de la part des fournisseurs ou entrepreneurs lésés.

4. Points concernant la demande de propositions avec dialogue qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

49. Le paragraphe 2 de l'article 29 prévoit les conditions d'utilisation d'une nouvelle méthode de passation, à savoir la demande de propositions avec dialogue, qui combine les caractéristiques prévues aux articles 43 (procédures de sélection avec négociations simultanées pour la passation des marchés de services) et 48 (sollicitation de propositions) de la Loi type de 1994. Ces deux méthodes de passation qui étaient prévues dans le texte de 1994 présentent de nombreuses similitudes et peuvent être utilisées pour la passation des marchés de services. La demande de propositions avec dialogue reprend la principale caractéristique de ces méthodes – l'interaction avec les fournisseurs, qui se déroule de manière concomitante avec un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs (contrairement aux négociations consécutives envisagées au paragraphe 3 de cet article et à l'article 49 de la Loi type; voir le commentaire relatif à ces dispositions aux paragraphes … ci-dessous). Pour éviter toute confusion dans la terminologie et le choix des méthodes de passation dans les États qui ont fondé leur législation sur la Loi type de 1994, la Loi type révisée emploie un terme différent pour désigner cette nouvelle méthode.

[Le commentaire sur la sollicitation et les procédures sera ajouté ultérieurement.]

A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions des chapitres II et V de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics relatives aux négociations avec appel à la concurrence et à la sollicitation d'une source unique.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Deuxième partie. Commentaire par article

[Pour plus de commodité, le présent additif regroupe les commentaires proposés pour les diverses dispositions de la Loi type qui régissent les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique.]

…

A. Commentaire concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"**Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (... négociations avec appel à la concurrence…)**

4. L'entité adjudicatrice peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article 50 de la présente Loi, dans les circonstances suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que de ce fait il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait, à condition qu'elle n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que de ce fait il ne serait pas réaliste de recourir à

une procédure d'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait; ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à une autre méthode de passation avec mise en concurrence ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 4 de cet article énonce les conditions d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence, méthode de passation des marchés qui ne peut être utilisée que dans les circonstances exceptionnelles visées aux alinéas a) à c): situation d'urgence, événement catastrophique et protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État adoptant. Ces limitations sont nécessaires dans la mesure où les procédures de cette méthode de passation, très souples, ne garantissent pas les mêmes niveaux de transparence, d'intégrité et d'objectivité que les autres méthodes de passation avec mise en concurrence, et cette méthode présente donc plus de risques de fraude et de corruption.

2. L'alinéa a) traite des situations d'urgence qui ne sont dues ni au comportement de l'entité adjudicatrice ni à des circonstances prévisibles. L'alinéa b) renvoie à une situation d'urgence due à des événements catastrophiques. Les deux alinéas renvoient à des situations où il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait. Les situations d'urgence envisagées dans les deux alinéas sont supposées être véritablement exceptionnelles et ne doivent pas être une simple solution de facilité: il peut s'agir d'un besoin urgent de matériel médical ou autre après une catastrophe naturelle ou de remplacer du matériel régulièrement utilisé lorsqu'il est défaillant. Cette méthode de passation ne peut être utilisée si l'urgence est due à une absence de planification des marchés ou à une autre mesure prise par l'entité adjudicatrice, et l'ampleur du marché attribué par cette méthode doit découler directement de l'urgence même. En d'autres termes, s'il y a un besoin urgent d'un article et qu'il est prévu que plusieurs de ces articles seront nécessaires, les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent porter que sur l'exemplaire immédiatement nécessaire.

3. L'alinéa c) traite de la passation de marchés visant la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État [renvoi aux passages traitant du champ d'application de ce sujet] lorsque l'entité adjudicatrice estime que le recours à une autre méthode de passation avec mise en concurrence ne convient pas.

4. Les dispositions des alinéas a) à c) sont sans préjudice du principe général énoncé à l'article 27-2, conformément auquel lorsque l'entité adjudicatrice choisit une méthode de passation, elle doit s'efforcer d'assurer la plus grande concurrence possible et tenir compte des circonstances de la passation. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la négociation avec appel à la concurrence est disponible, telle que l'appel d'offres restreint ou la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir la méthode permettant d'assurer la plus grande concurrence tout en tenant compte des autres circonstances de la passation, telles que l'urgence de l'objet du marché.

5. Conformément au même principe, l'alinéa b), qui traite des situations d'urgence dues à un événement catastrophique, et l'alinéa c), qui traite des

passations visant à protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État, ne permettent pas à l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique lorsqu'elle peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Dans les situations visées par ces deux alinéas, l'entité adjudicatrice doit tout d'abord envisager de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation avec mise en concurrence. Si elle conclut que le recours à une autre méthode de passation n'est pas réaliste, elle doit recourir à des négociations avec appel à la concurrence et non à la sollicitation d'une source unique, sauf si elle estime qu'il y a extrême urgence ou qu'une autre raison particulière justifie le recours à la sollicitation d'une source unique en vertu du paragraphe 5 de l'article 29 (telle que l'absence de concurrence ou l'existence de droits exclusifs). La raison en est que les négociations avec appel à la concurrence assurent par définition une plus grande concurrence que la sollicitation d'une source unique et que des garanties plus rigoureuses sont prévues dans les dispositions de la Loi type régissant les procédures des négociations avec appel à la concurrence, ce qui les rend plus structurées et plus transparentes que la sollicitation d'une source unique. Il convient donc de privilégier cette méthode par rapport à la sollicitation d'une source unique dans les situations d'urgence et lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État.

6. Il s'ensuit que les négociations avec appel à la concurrence ne devraient pas être envisagées en remplacement d'une autre méthode de passation de marchés prévue dans la Loi type, si ce n'est la sollicitation d'une source unique, dans les situations limitées énoncées au paragraphe précédent. Pour la passation de marchés portant par exemple sur des services consultatifs ou des objets techniques complexes pouvant exiger une interaction avec les fournisseurs, on peut recourir à l'appel d'offres en deux étapes et à la demande de propositions avec dialogue ou avec négociations consécutives.

7. Le caractère non structuré des procédures de négociations avec appel à la concurrence, décrites à l'article 50 et expliquées aux paragraphes […] ci-après, signifie qu'il sera essentiel de gérer le recours à cette méthode pour assurer son succès dans les circonstances appropriées. Les questions examinées en ce qui concerne les techniques de gestion dans le cadre des procédures de demande de propositions avec dialogue (voir aux paragraphes […] les indications concernant cette méthode de passation) concernent également les négociations avec appel à la concurrence, d'autant que cette méthode présente des risques plus élevés en matière d'intégrité[1].

On trouvera à la section A.4 ci-après un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

---

[1] Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait de donner d'autres indications, notamment sur les moyens de s'assurer que l'entité adjudicatrice dispose des compétences et des capacités nécessaires pour mener efficacement des négociations, sur l'utilisation des systèmes centralisés de contrôle et sur l'appui d'autres institutions aux fins de négociations avec appel à la concurrence.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

"**Article 33. Sollicitation dans le cas ... des négociations avec appel à la concurrence … Exigence d'un avis préalable de passation de marché**

3. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à des négociations avec appel à la concurrence conformément à l'article 29-4 de la présente Loi, elle engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

…

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l'avis doit être publié). L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et

d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b)."

Commentaire proposé:

8. Le paragraphe 3 régissant la sollicitation dans le cas des négociations avec appel à la concurrence est assorti de l'exigence du paragraphe 5 concernant l'avis préalable de passation de marché. Cet avis doit préciser en particulier qu'il sera recouru aux négociations avec appel à la concurrence et également fournir un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, tout fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours aux négociations avec appel à la concurrence s'il existe une méthode de passation plus transparente et mieux réglementée. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation et de la sollicitation d'une source unique, toutes deux considérées comme exceptionnelles et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l'article 29 de la Loi type.

9. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier cet avis – mais peut néanmoins décider de le faire – lorsqu'elle recourt aux négociations avec appel à la concurrence dans des situations d'urgence dues à des événements catastrophiques (art. 29-4 b)). Cette dérogation est énoncée au paragraphe 6 de cet article. Dans les autres situations d'urgence mentionnées à l'article 29-4 a), l'avis préalable de

passation de marché est la règle par défaut, tout comme lorsque le recours aux négociations avec appel à la concurrence se fait dans le cadre d'une passation visant à protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État en vertu de l'article 29-4 c). Cette règle par défaut est soumise aux dérogations fondées sur la confidentialité pouvant s'appliquer en vertu des dispositions de la législation de l'État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également mettre en jeu des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée (par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant) à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché (on trouvera au paragraphe ... ci-dessus des indications concernant les dispositions pertinentes de la Loi type sur la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées).

10. On trouvera dans les indications concernant l'appel d'offres restreint d'autres orientations sur l'utilisation des avis préalables en vertu des paragraphes 5 et 6 de l'article 33 et sur l'identification objective des fournisseurs qui participeront à la procédure. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte des négociations avec appel à la concurrence.

On trouvera à la section A.4 ci-après un examen des modifications de la sollicitation par rapport au texte de 1994.

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les procédures:

"**Article 50. Négociations avec appel à la concurrence**

1. Les paragraphes 3, 5 et 6 de l'article 33 de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant les négociations.

2. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation de marché avec l'entité adjudicatrice, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions de l'article 23 de la présente Loi relatives à la confidentialité.

3. À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions.

4. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive.

5. L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice."

Commentaire proposé:

11. L'article 50 régit les procédures des négociations avec appel à la concurrence. Des garanties ont été inclues afin d'assurer la transparence et le traitement égal des participants aux passations de marchés effectuées au moyen de cette méthode.

12. La relative brièveté de l'article s'explique par le caractère souple de la méthode elle-même. Toutefois, on ne saurait dire que les procédures de cette méthode de passation ne sont pour la plupart pas réglementées dans la Loi type. Cette méthode de passation est comme toute autre soumise aux dispositions et règles générales énoncées aux chapitres I et II de la Loi type, aux règlements en matière de passation des marchés et à tout autre instrument de la législation applicable. Par exemple, en vertu de la Loi type, l'entité adjudicatrice sera tenue d'établir un procès-verbal détaillé de la procédure de passation de marché, comprenant des informations sur les négociations avec chaque fournisseur ou entrepreneur participant, et de faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs puissent y avoir accès, comme le prévoit l'article 24. Cette disposition est essentielle dans cette méthode de passation pour assurer un contrôle effectif et permettre aux fournisseurs lésés d'exercer leur droit de recours.

13. Dans la mesure où l'entité adjudicatrice respecte tous les règlements applicables et où les négociations sont menées de façon concomitante et de manière à assurer un traitement égal des fournisseurs, elle peut organiser et mener les négociations comme elle l'entend. Les règles énoncées dans le présent article visent à lui donner cette liberté tout en s'attachant à promouvoir la concurrence et l'objectivité dans le processus de sélection et d'évaluation.

14. Le paragraphe 1 renvoie aux dispositions pertinentes de l'article 33 sur la sollicitation dans le cas des négociations avec appel à la concurrence, dont une exige la publication d'un avis préalable de passation de marché, sauf dans les situations d'urgence (voir aux paragraphes ... ci-dessus les indications concernant les dispositions pertinentes de l'article 33).

15. Le paragraphe 2, qui régit la communication d'informations pendant les négociations, est soumis aux règles sur la confidentialité énoncées à l'article 23 de la Loi type. Les dispositions sont similaires à celles sur la demande de propositions avec dialogue contenues à l'article 48-10. Les indications concernant l'article 48-10 sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe (voir paragraphes … ci-dessus).

16. Le paragraphe 3 prévoit qu'une fois la négociation achevée, l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de soumettre leurs meilleures offres définitives[2], sur la base desquelles elle sélectionnera l'offre à retenir. Les meilleures offres définitives concernent tous les aspects de leurs propositions (par conséquent, comme dans les procédures de demande de propositions avec dialogue (concernant lesquelles les indications se trouvent […]), il n'est pas publié d'ensemble unique de conditions de la passation selon lesquelles les offres définitives seront évaluées). Les meilleures offres définitives doivent être soumises avant la date fixée par l'entité adjudicatrice dans sa sollicitation. Pour que

[2] Le Groupe de travail voudra peut-être noter que ce terme sera expliqué dans le glossaire qui figurera dans le Guide et qu'il sera notamment précisé que les meilleures offres définitives ne peuvent être sollicitées et soumises qu'une seule fois.

tous les fournisseurs participants soient sur un pied d'égalité quant à la réception d'informations sur le fait qu'il a été mis fin aux négociations et au temps dont ils disposent pour préparer leurs meilleures offres définitives, il est de bonne pratique d'adresser la demande par écrit simultanément à tous les fournisseurs participants. Les dispositions sont similaires à celles de l'article 48-11. Les indications sur l'article 48-11 (voir paragraphes … ci-dessus) sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe.

17. La CNUDCI estime que l'étape de la sollicitation des meilleures offres définitives est essentielle parce qu'elle permet l'égalité de traitement de tous les fournisseurs. Elle met fin aux négociations et gèle toutes les spécifications et conditions contractuelles offertes par les fournisseurs et entrepreneurs. En outre, l'exigence selon laquelle la sollicitation des meilleures offres définitives doit être adressée à tous les fournisseurs restant en négociations donne la possibilité de vérifier l'ensemble des offres soumises à l'entité adjudicatrice, que celle-ci devrait avoir examinées en procédant à la sélection conformément au paragraphe 5 de cet article. Sans cette étape, l'entité adjudicatrice aurait une trop grande latitude pour décider avec quel fournisseur ou entrepreneur conclure le marché, en l'absence de transparence et de traces vérifiables permettant un recours efficace.

18. Le paragraphe 4 interdit toute négociation après la sollicitation des meilleures offres définitives, de manière à aligner cette phase de la procédure de négociations avec appel à la concurrence sur la phase correspondante des autres méthodes de passation et à assurer l'égalité de traitement des fournisseurs. Il s'inspire des dispositions similaires du paragraphe 12 de l'article 48. Les indications concernant ce dernier (voir par. … ci-dessus) sont donc pertinentes dans le contexte de ce paragraphe. La CNUDCI considère comme une pratique optimale de ne pas autoriser l'entité adjudicatrice à poursuivre les négociations après la présentation des meilleures offres définitives et d'empêcher la sollicitation multiple de meilleures offres définitives. Cette position se retrouve dans l'ensemble des passages de la Loi type où une étape de sollicitation des meilleures offres définitives est envisagée.

19. L'État adoptant peut prévoir dans les règlements en matière de passation des exigences supplémentaires concernant cette méthode de passation, en imposant notamment à l'entité adjudicatrice de prendre les mesures suivantes: énoncer des règles et procédures de base relatives à l'organisation des négociations, afin que celles-ci soient menées de manière efficace; établir divers documents qui serviront de base aux négociations, notamment les documents décrivant les caractéristiques techniques souhaitées des biens ou travaux requis, ou la nature des services requis, et les conditions contractuelles désirées; et prier les fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels elle négocie de ventiler leurs prix afin de l'aider à comparer ce qu'offrent les différents fournisseurs ou entrepreneurs durant les négociations. (On trouvera des indications plus détaillées sur ces comparaisons, notamment la réduction des risques, dans la partie consacrée à l'évaluation dans la demande de propositions avec dialogue.)

On trouvera à la section A.4 ci-après un examen des modifications concernant les procédures par rapport au texte de 1994.

4. Points concernant les négociations avec appel à la concurrence qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

20. Les négociations avec appel à la concurrence sont une méthode de passation tirant ses principales caractéristiques de la méthode qui porte le même nom dans la Loi type de 1994. Les conditions d'utilisation ont été largement revues par rapport au texte de 1994 (art. 19). Les négociations avec appel à la concurrence ne peuvent à présent être utilisées que dans les circonstances exceptionnelles visées aux alinéas a) à c): situation d'urgence, événement catastrophique et protection d'intérêts essentiels de la sécurité nationale de l'État adoptant. On trouvera davantage d'indications sur l'utilisation de cette méthode de passation dans ces circonstances et d'autres considérations concernant cette méthode aux paragraphes […] du commentaire s'y rapportant.

21. Contrairement au texte de 1994, la Loi type révisée n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour recourir aux négociations avec appel à la concurrence. Cette approche fait suite à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur ce point).

Sollicitation

22. Le paragraphe 3 de l'article 33 régit la sollicitation dans les négociations avec appel à la concurrence. Il se fonde sur les dispositions du paragraphe 1 de l'article 49 du texte de 1994 [des précisions concernant les différences seront ajoutées ultérieurement].

Procédures

23. L'article 50 porte sur les procédures des négociations avec appel à la concurrence et s'inspire largement de l'article 49 du texte de 1994. La principale différence est l'interdiction expresse de mener des négociations après la soumission des meilleures offres définitives au paragraphe 4 [des précisions concernant les autres différences seront ajoutées ultérieurement].

B. Commentaire concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'insérer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type révisée

1. Conditions d'utilisation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur les conditions d'utilisation:

"**Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (... sollicitation d'une source unique)**

5. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément aux dispositions de l'article 51 de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'extrême urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à une autre méthode de passation de marché à cause du temps que cela prendrait;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent;

d) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État; ou

e) Sous réserve d'approbation par [nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation], et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour appliquer une politique socioéconomique dudit État, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur."

Commentaire proposé:

1. Le paragraphe 5 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. La première de ces conditions, énoncée à l'alinéa a), est une raison objective de sollicitation d'une source unique: l'existence d'un seul fournisseur ou

entrepreneur capable de fournir l'objet du marché, parce qu'il a des droits exclusifs sur celui-ci ou pour d'autres raisons. Les règles sur la description de l'objet du marché figurant à l'article 10 de la Loi type interdisent à l'entité adjudicatrice de formuler la description de l'objet du marché d'une manière qui restreindrait artificiellement le marché à une source unique. S'il existe un risque ou des pratiques de descriptions ainsi restrictives, il convient d'encourager l'utilisation de descriptions fonctionnelles (spécifications concernant les performances ou les résultats)[3]. L'État adoptant doit en outre assurer par l'intermédiaire d'autorités appropriées un contrôle suivi de la pratique de ses entités adjudicatrices pour ce qui est de fonder la sollicitation d'une source unique sur la condition énoncée à l'alinéa a), l'utilisation abusive de cette méthode pouvant encourager, volontairement ou non, les monopoles et la corruption. Il convient de considérer l'exigence d'un avis préalable de sollicitation d'une source unique (figurant à l'article 33-5 de la Loi type) comme une garantie essentielle contre les incidences néfastes que le recours à la condition énoncée à l'alinéa a) pourrait avoir sur la transparence des pratiques de passation et la responsabilité en la matière.

2. Les conditions énoncées à l'alinéa b) – extrême urgence résultant d'un événement catastrophique – recoupent dans une certaine mesure la condition d'utilisation des négociations avec appel à la concurrence en cas d'urgence due à un événement catastrophique (paragraphe 4 b) du présent article). La différence réside dans le niveau d'urgence: le recours à la sollicitation d'une source unique se justifie lorsque l'urgence est telle qu'il serait irréaliste de tenir des négociations avec plus d'un fournisseur. Par exemple, après un événement catastrophique, il peut y avoir un besoin urgent d'eau potable et de fournitures médicales et un autre, normalement moins urgent, d'abris semi-permanents. Comme dans le cas des négociations avec appel à la concurrence, le montant des achats pouvant être faits avec cette méthode sera limité par la nécessité de lier l'ampleur de la passation à l'extrême urgence.

3. L'alinéa c) mentionne les impératifs de normalisation ou de compatibilité par rapport à des produits, équipements, technologies ou services existants comme justification du recours à la sollicitation d'une source unique. La sollicitation d'une source unique dans de telles situations doit être exceptionnelle, faute de quoi les besoins invoqués pourraient en réalité être dus à une planification défectueuse de l'entité adjudicatrice. Dans de telles situations, la passation de marchés doit donc être limitée en taille et en temps.

4. L'alinéa d) justifie le recours à la sollicitation d'une source unique aux fins de protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État. Cette disposition vise en particulier la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées lorsque l'entité adjudicatrice estime que les informations en question ne seraient pas suffisamment protégées si elle recourait à toute autre méthode de passation, y compris une autre méthode exceptionnelle telle que les négociations avec appel à la concurrence.

5. L'alinéa e) vise à permettre le recours à la sollicitation d'une source unique lorsque cette méthode permettrait d'éviter un préjudice sérieux en cas d'urgence

---

[3] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure ce point est d'application générale et comment il s'articule avec les principales caractéristiques de la soumission d'offres par rapport aux méthodes fondées sur la demande de propositions, énoncées dans les indications concernant les articles 26 et 27.

économique grave, par exemple lorsqu'une entreprise employant la plus grande partie de la main d'œuvre d'une région ou d'une ville est menacée de fermeture à moins qu'elle n'obtienne un marché. Cet alinéa est assorti de conditions afin que le recours à la sollicitation d'une source unique reste très exceptionnel. Il convient de l'interpréter de manière très restrictive afin de ne pas permettre son utilisation en raison de considérations extrinsèques telles que le transfert de technologies, les prix comptables ou les échanges compensés[4].

6. La décision de recourir à la sollicitation d'une source unique dans une situation d'urgence économique telle que celle décrite dans les présentes dispositions devrait normalement être prise aux plus hauts niveaux du gouvernement. Cet alinéa dispose donc que l'entité adjudicatrice doit recevoir l'approbation préalable d'un organe désigné par l'État adoptant pour pouvoir recourir à la sollicitation d'une source unique dans de telles situations. Il exige en outre d'annoncer publiquement que la passation se fera avec sollicitation d'une source unique en raison de l'urgence économique et de donner aux intéressés l'occasion de formuler des observations. Bien que cette étape ne soit pas réglementée en détail dans la Loi type, cette possibilité de formuler des observations ne prendra tout son sens que si l'entité adjudicatrice laisse suffisamment de temps entre l'annonce en question et le début de la procédure de passation. L'entité adjudicatrice peut recevoir des observations de tout membre du public et devrait pouvoir être amenée à fournir des explications. Les États adoptants voudront peut-être réglementer d'autres aspects de ces dispositions dans les règlements en matière de passation des marchés, notamment les personnes auxquelles il convient de demander de formuler des observations (par exemple, les populations locales) et le but ou l'incidence des observations reçues, en particulier si elles sont négatives.

7. À part dans les situations visées à l'alinéa e), la Loi type révisée n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour le recours à la sollicitation d'une source unique. Cette approche est conforme à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur ce point). Cette position s'applique également à la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique. La CNUDCI a toutefois reconnu que certains États adoptants pouvaient exiger que les entités adjudicatrices obtiennent l'approbation d'une autorité supérieure avant de recourir à une mesure exceptionnelle telle que la sollicitation d'une source unique. La CNUDCI ne décourage pas ces pratiques dans le contexte de cette méthode de passation afin de prévenir la corruption et les décisions arbitraires de la part des entités adjudicatrices mais considère qu'une telle garantie peut être illusoire: il peut y avoir un risque élevé de corruption de la chaîne d'approbation lorsque l'autorisation de recourir à la sollicitation d'une source unique est demandée dans des circonstances irrégulières. D'un autre côté, il peut y avoir une perte injustifiable de temps et d'argent lorsqu'elle est demandée dans des circonstances parfaitement appropriées.

8. La sollicitation d'une source unique ne comportant pas de mise en concurrence, elle est considérée dans la Loi type comme la méthode à utiliser en

---

[4] Le texte de ce paragraphe est issu du texte de 1994. Le Groupe de travail est invité à le réexaminer, compte tenu en particulier de l'article 11 du projet de la loi type révisée.

dernier recours, lorsque toutes les autres possibilités ont été épuisées. Les dispositions du paragraphe 5 doivent donc être appliquées sans préjudice du principe général énoncé à l'article 27-2, aux termes duquel l'entité adjudicatrice s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible lorsqu'elle choisit une méthode de passation de marché. Il est donc entendu que lorsqu'une méthode de passation autre que la sollicitation d'une source unique convient, qu'il s'agisse de la négociation avec appel à la concurrence, de l'appel d'offres restreint ou de la demande de prix, l'entité adjudicatrice doit choisir cette autre méthode assurant la plus grande concurrence dans les circonstances de la passation considérée sans toutefois compromettre d'autres considérations non moins importantes telles que l'urgence de la livraison de l'objet du marché. On considère que dans les situations visées au paragraphe 5, mis à part celles des alinéas a), d) et e), l'entité adjudicatrice peut éviter de recourir à la sollicitation d'une source unique en utilisant d'autres méthodes ou instruments ou en planifiant correctement les marchés. Par exemple, dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique, lorsqu'il serait irréaliste de négocier avec plus d'un fournisseur (al. b)), l'entité adjudicatrice peut envisager de recourir à des méthodes de passation sans négociations, telles que la demande de prix pour l'achat d'articles disponibles dans le commerce. Un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape peut également permettre de faire face à des situations d'extrême urgence s'il a été conclu à l'avance dans le contexte d'un besoin déterminé risquant de survenir périodiquement ou dans un délai déterminé. Avec une meilleure planification des marchés, les accords-cadres peuvent également constituer une solution de remplacement à la sollicitation d'une source unique dans les situations visées à l'alinéa c) (besoin de fournitures supplémentaires provenant de la même source pour des raisons de normalisation et de compatibilité).

On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications des conditions d'utilisation par rapport au texte de 1994.

2. Sollicitation

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

"**Article 33. ... sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché**

4. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées à l'article 29-5 de la présente Loi, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l'avis doit être publié). L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et

l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et

d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b)."

Commentaire proposé:

9. Le paragraphe 4 régissant la sollicitation d'une source unique est assorti de l'exigence, formulée au paragraphe 5, d'un avis préalable de passation de marché. Cet avis doit préciser en particulier qu'il est recouru à la sollicitation d'une source unique et fournir également un résumé des principales conditions du marché envisagé. Il constitue une mesure essentielle pour permettre le contrôle du public. Sur la base des renseignements publiés, un fournisseur ou entrepreneur lésé peut contester le recours à la sollicitation d'une source unique s'il existe une méthode avec mise en concurrence convenant aux circonstances de la passation. Cette garantie est particulièrement importante dans le contexte de cette méthode de passation, considérée comme exceptionnelle et ne se justifiant que dans les cas très limités visés à l'article 29-5 de la Loi type.

10. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier cet avis – mais peut néanmoins décider de le faire – lorsqu'elle recourt à la sollicitation d'une source unique dans des situations d'extrême urgence dues à un événement catastrophique (art. 29-5 b)). Cette dérogation est énoncée au paragraphe 6 de cet article. Dans les autres cas justifiant le recours à la sollicitation d'une source unique, l'avis préalable de passation de marché est la règle par défaut, sous réserve de dérogations fondées sur la confidentialité pouvant s'appliquer en vertu des dispositions de la loi de l'État adoptant. Par exemple, la passation de marchés mettant en jeu la protection d'intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut également mettre en jeu des informations classifiées; dans de tels cas, l'entité adjudicatrice peut être autorisée (par les règlements en matière de passation des marchés ou par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant) à ne pas publier d'avis concernant la passation de marché. Cette situation peut se produire en particulier lorsque le recours à la sollicitation d'une source unique se fait dans le cadre de la passation d'un marché aux fins de la protection d'intérêts essentiels de la sécurité d'un État en vertu de l'article 29-5 d) (on trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur les dispositions pertinentes de la Loi type concernant la confidentialité et la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées).

11. On trouvera dans la partie du Guide consacrée à l'appel d'offres restreint d'autres indications sur la publication d'un avis préalable dans les circonstances visées aux paragraphes 5 et 6 de l'article 33 et sur l'identification objective des fournisseurs qui participeront au processus. Les questions qui y sont soulevées sont également pertinentes dans le contexte de la sollicitation d'une source unique.

On trouvera à la section B.4 ci-après un examen des modifications concernant la sollicitation par rapport au texte de 1994.

3. Procédures

Disposition pertinente de la Loi type révisée sur la sollicitation:

> "**Article 51. Sollicitation d'une source unique**
>
> Les paragraphes 4 à 6 de l'article 33 de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant la sollicitation d'une proposition ou d'un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique. L'entité adjudicatrice engage des négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur duquel une proposition ou un prix est sollicité, à moins que de telles négociations ne soient pas possibles dans les circonstances de la passation en question."

Commentaire proposé:

12. Cet article énonce les procédures relativement simples de sollicitation d'une source unique. Cette simplicité reflète le caractère très souple de la sollicitation d'une source unique, qui ne concerne qu'un seul fournisseur ou entrepreneur, la procédure devenant alors essentiellement une négociation de contrat (sortant donc du champ d'application général de la Loi type). Les questions de concurrence et de traitement égal des fournisseurs ou entrepreneurs dans la procédure de passation de marché sont importantes au stade de la décision de recourir à cette méthode de passation mais ne se posent pas durant la procédure elle-même.

13. Ces dispositions renvoient à l'exigence d'un avis préalable de passation de marché et à la dérogation à cette obligation, visées à l'article 33. Elles contiennent également l'obligation d'engager des négociations à moins que celles-ci ne soient pas possibles. Elles ont été introduites au vu de l'utilité pour l'entité adjudicatrice de négocier et de demander, lorsque cela est possible et nécessaire, des données sur la situation du marché ou des précisions sur les coûts, pour éviter des prix excessifs.

14. Les dispositions du chapitre I s'appliquent généralement à la sollicitation d'une source unique, y compris l'obligation d'abandonner la passation dans les situations décrites à l'article 20 (par exemple, si le seul fournisseur doit être exclu de la procédure de passation de marché pour incitation, avantage concurrentiel injuste ou conflit d'intérêts). En outre, plusieurs dispositions de la Loi type visant à la transparence de la procédure de passation s'appliqueront, telles que l'article 22 sur la publication de l'avis d'attribution du marché, l'article 24 sur la tenue du procès-verbal complet de la procédure de passation, comprenant les justifications du recours à la sollicitation d'une source unique, et l'article 33 sur l'avis préalable de passation de marché. On ne saurait déduire de la brièveté de l'article 51 que les procédures de sollicitation d'une source unique sont peu réglementées dans la Loi type. Il convient de les appliquer en tenant compte de toutes les dispositions applicables de la Loi type et de tous les règlements en matière de passation des marchés et autres dispositions légales applicables de l'État adoptant.

On trouvera à la section B.4 ci-dessous un examen des modifications de la procédure par rapport au texte de 1994.

4. Points concernant la sollicitation d'une source unique qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

Conditions d'utilisation

15. L'article 29 énonce les conditions d'utilisation de la sollicitation d'une source unique. Il se fonde sur les dispositions de l'article 22 de la Loi type de 1994, si ce n'est que certaines justifications du recours à la sollicitation d'une source unique ont été supprimées du texte de 1994 [précisions à insérer ultérieurement]. On trouvera aux paragraphes [...] des indications et des considérations complémentaires sur l'utilisation de cette méthode dans les circonstances visées à l'article 29.

16. En dehors des situations visées à l'article 29-5 e) (voir par. [...] ci-dessus), la Loi type révisée, à l'inverse du texte de 1994, n'exige pas l'approbation d'un organe désigné pour le recours à la sollicitation d'une source unique. Cette approche est conforme à la décision de la CNUDCI de ne pas exiger en règle générale dans la Loi type que l'entité adjudicatrice obtienne l'approbation d'une autre instance avant de prendre des mesures. (On trouvera aux paragraphes ... ci-dessus des indications sur ce point.) Cette position s'applique aussi à la décision de l'entité adjudicatrice de recourir à la sollicitation d'une source unique, compte tenu des modifications apportées aux conditions d'utilisation de cette méthode de passation, beaucoup plus restrictives que dans le texte de 1994.

Sollicitation

17. Le paragraphe 4 de l'article 33 régit la sollicitation d'une source unique. Il se fonde sur les dispositions de l'article 51 du texte de 1994 [les précisions concernant les différences seront ajoutées ultérieurement].

Procédures

18. L'article 51 porte sur les procédures de sollicitation d'une source unique. Le texte de 1994 ne comportait pas de disposition équivalente. L'article 51 de la Loi type de 1994 portait seulement sur les modalités de sollicitation qui, dans la Loi type révisée, figurent à l'article 33-4. Les dispositions de la Loi type révisée imposent également à l'entité adjudicatrice d'engager des négociations, à moins que celles-ci ne soient pas possibles (voir les indications concernant l'article 51 ci-dessus).

E. Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

[Original: anglais]

1. On trouvera à l'annexe I de la présente note la table des matières du projet de texte révisé de la Loi type issu des travaux de la dix-neuvième session du Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI (Vienne, 1er-5 novembre 2010). Cette table indique également la concordance entre les articles du projet et les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994 (la "Loi type de 1994").

2. On trouvera aussi à l'annexe II une table de concordance entre les articles de la Loi type de 1994 et les dispositions du projet de texte révisé.

3. Le projet de texte révisé de la Loi type figure quant à lui dans les additifs 1 à 8 à la présente note.

Annexe I

Table des matières du projet de texte révisé de la Loi type, indiquant également la concordance entre les articles du projet et les dispositions de la Loi type de 1994

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
Préambule	**Préambule**
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES **Articles 1 à 25**	**CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES**
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés
Article 5. Publication des textes juridiques	Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir (**nouvelles dispositions**)	
Article 7. Communications dans la passation des marchés	Article 9. Forme des communications
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs	Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs
Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre	Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services
Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation (**nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994**)	Articles 27 e), 34-4, 38 m), 39 et 48-3
Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché (**nouvelles dispositions**)	
Article 13. Règles concernant la langue des documents	Article 17. Langue Article 29. Langue des offres
Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions (**nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994**)	Articles 7-3 a) iv) et 30-1 à 4
Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Article 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation
Article 16. Garanties de soumission	Article 32. Garanties de soumission
Article 17. Procédure de préqualification	Article 7. Procédure de présélection Et dispositions des articles 23, 24 et 25 relatives à la présélection
Article 18. Abandon de la passation de marché	Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
Article 19. Rejet des soumissions anormalement basses (**nouvelles dispositions**)	
Article 20. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts	Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché	Article 13. Entrée en vigueur du marché Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché
Article 22. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre	Article 14. Publication des avis d'attribution de marché
Article 23. Confidentialité	Articles 45, 48-7 et 49-3
Article 24. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché	Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés
Article 25. Code de conduite (**nouvelles dispositions**)	
CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ **Articles 26 à 34**	**CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES**
Section I. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES **Articles 26 à 31**	
Article 26. Méthodes de passation des marchés (**nouvelles dispositions**)	
Article 27. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché	Article 18. Méthodes de passation des marchés
Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)	Articles 20 et 21

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)	Articles 19 et 22
Article 30. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée (**nouvelles dispositions**)	
Article 31. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre (**nouvelles dispositions**)	
Section II. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ **Articles 32 à 34** (**nouvelles dispositions fondées sur le texte de 1994**)	
Article 32. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée	Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection
Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché	Articles 47-1 et 2, 49-1, 50-1 et 51
Article 34. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions	Articles 37 et 48-1 et 2
CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT **Articles 35 à 43**	**CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES**
Article 35. Procédures de sollicitation des offres	Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
Article 36. Teneur de l'invitation à soumettre une offre	Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection (par. 1)
Article 37. Communication du dossier de sollicitation	Article 26. Communication du dossier de sollicitation
Article 38. Teneur du dossier de sollicitation	Article 27. Teneur du dossier de sollicitation
Article 39. Présentation des offres	Article 30. Soumission des offres (par. 5 et 6)
Article 40. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres
Article 41. Ouverture des offres	Article 33. Ouverture des offres
Article 42. Examen et évaluation des offres	Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres
Article 43. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	Article 35. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs
CHAPITRE IV. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LA DEMANDE DE PRIX ET LA DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION **Articles 44 à 46**	**Chapitre IV, article 42 et autres dispositions pertinentes; et chapitre V, articles 47 et 50**
Article 44. Appel d'offres restreint	Article 47. Appel d'offres restreint
Article 45. Demande de prix	Article 50. Sollicitation de prix
Article 46. Demande de propositions sans négociation	Article 42. Procédure de sélection sans négociation, et autres dispositions pertinentes du chapitre IV. Méthode principale pour la passation des marchés de services
CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, LES NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET LA SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE **Articles 47 à 51**	**Chapitre IV, articles 43 et 44 et autres dispositions pertinentes; chapitre V, articles 46, 48, 49 et 51**
Article 47. Appel d'offres en deux étapes	Article 46. Appel d'offres en deux étapes

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
Article 48. Demande de propositions avec dialogue	Article 43. Procédures de sélection avec négociations simultanées Article 48. Sollicitation de propositions
Article 49. Demande de propositions avec négociations consécutives	Article 44. Procédures de sélection avec négociations consécutives
Article 50. Négociations avec appel à la concurrence	Article 49. Négociation avec appel à la concurrence
Article 51. Sollicitation d'une source unique	Article 51. Sollicitation d'une source unique
CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES **Articles 52 à 56 (nouvelles dispositions)**	
Article 52. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère électronique inversée	
Article 53. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dans laquelle une enchère électronique inversée précède l'attribution du marché	
Article 54. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère	
Article 55. Exigences pendant l'enchère électronique inversée	
Article 56. Exigences après l'enchère électronique inversée	
CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES **Articles 57 à 62 (nouvelles dispositions)**	
Article 57. Attribution d'un accord-cadre fermé	
Article 58. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés	
Article 59. Établissement d'un accord-cadre ouvert	
Article 60. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts	
Article 61. Deuxième étape d'une procédure	

Article du projet de texte révisé de la Loi type	**Dispositions de la Loi type de 1994 correspondant le cas échéant aux articles du projet**
d'accord-cadre	
Article 62. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'application d'un accord-cadre	
CHAPITRE VIII. CONTESTATIONS ET APPELS **Articles 63 à 69**	**CHAPITRE VI. RECOURS**
Article 63. Droit de contestation et d'appel	Article 52. Droit de recours
Article 64. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande en révision ou d'un appel (**nouvelles dispositions**)	
Article 65. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice	Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle); Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54], par. 1 et 3; et Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché
Article 66. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante	Article 54. Recours administratif; Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54], par. 1 et 3; et Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché
Article 67. Droits des participants à une procédure de contestation ou d'appel	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54], par. 2
Article 68. Confidentialité dans une procédure de contestation ou d'appel	Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54] (par. 3, dernière phrase)
Article 69. Recours judiciaire	Article 57. Recours judiciaire

Annexe II

Table de concordance entre les articles de la Loi type de 1994 et les dispositions du projet de texte révisé

Article de la Loi type de 1994	Dispositions correspondantes du projet de texte révisé de la Loi type
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	**CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES**
Article premier. Champ d'application	Article premier. Champ d'application
Article 2. Définitions	Article 2. Définitions
Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]	Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]
Article 4. Règlements en matière de passation des marchés	Article 4. Règlements en matière de passation des marchés
Article 5. Accès du public à la réglementation des marchés	Article 5. Publication des textes juridiques
Article 6. Qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs
Article 7. Procédure de présélection Article 7-3 a) iv)	Article 17. Procédure de préqualification Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions
Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs
Article 9. Forme des communications	Article 7. Communications dans la passation des marchés
Article 10. Règles concernant les pièces produites par les fournisseurs ou entrepreneurs	Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs (par. 7)
Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés	Article 24. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché
Article 12. Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix	Article 18. Abandon de la passation de marché
Article 13. Entrée en vigueur du marché	Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché
Article 14. Publication des avis d'attribution de marché	Article 22. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

Article de la Loi type de 1994	**Dispositions correspondantes du projet de texte révisé de la Loi type**
Article 15. Incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs	Article 20. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts
Article 16. Règles concernant la description des biens, des travaux ou des services	Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre
Article 17. Langue	Article 13. Règles concernant la langue des documents
CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES	**CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ**
Article 18. Méthodes de passation des marchés	Article 27. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché
Article 19. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres en deux étapes, de la sollicitation de propositions ou de la négociation avec appel à la concurrence	Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)
Article 20. Conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint	Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)
Article 21. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation de prix	Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)
Article 22. Conditions d'utilisation de la procédure de sollicitation d'une source unique	Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)

Article de la Loi type de 1994	Dispositions correspondantes du projet de texte révisé de la Loi type
CHAPITRE III. PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	**CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT**
Section I. SOLLICITATION D'OFFRES ET DE DEMANDES DE PRÉSÉLECTION	**Section I. SOLLICITATION DES OFFRES**
Article 23. Appel d'offres national	Article 32. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée (par. 4)
Dispositions sur la présélection dans les articles suivants: Article 24. Procédures de sollicitation des offres ou des demandes de présélection et Article 25. Teneur de l'invitation à soumettre une offre et de l'invitation à présenter une demande de présélection, Autres dispositions dans ces articles	Article 17. Procédure de préqualification Article 35. Procédures de sollicitation des offres Article 36. Teneur de l'invitation à soumettre une offre
Article 26. Communication du dossier de sollicitation	Article 37. Communication du dossier de sollicitation
Article 27. Teneur du dossier de sollicitation	Article 38. Teneur du dossier de sollicitation
Articles 28. Clarification et modification du dossier de sollicitation	Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation
Section II. SOUMISSION DES OFFRES	**Section II. PRÉSENTATION DES OFFRES**
Article 29. Langue des offres	Article 13. Règles concernant la langue des documents
Article 30. Soumission des offres Paragraphes 1 à 4 Paragraphes 5 et 6	 Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions Article 39. Présentation des offres

Article de la Loi type de 1994	**Dispositions correspondantes du projet de texte révisé de la Loi type**
Article 31. Période de validité des offres; modification et retrait des offres	Article 40. Période de validité des offres; modification et retrait des offres
Article 32. Garanties de soumission	Article 16. Garanties de soumission
Section III. ÉVALUATION ET COMPARAISON DES OFFRES	**Section III. ÉVALUATION DES OFFRES**
Article 33. Ouverture des offres	Article 41. Ouverture des offres
Article 34. Examen, évaluation et comparaison des offres	Article 42. Examen et évaluation des offres
Article 35. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs	Article 43. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs
Article 36. Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché	Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché
CHAPITRE IV. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES	**Chapitre IV, article 46, et chapitre V, articles 48 et 49**
Article 37. Avis de sollicitation de propositions	Article 34. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions
Article 38. Teneur des sollicitations de propositions relatives à des services	Article 46. Demande de propositions sans négociation; et article 48. Demande de propositions avec dialogue
Article 39. Critères d'évaluation des propositions	Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation
Article 40. Clarification et modification des sollicitations de propositions	Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation
Article 41. Choix des procédures de sélection	Article 27. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché
Article 42. Procédure de sélection sans négociation	Article 46. Demande de propositions sans négociation
Article 43. Procédures de sélection avec négociations simultanées	Article 48. Demande de propositions avec dialogue
Article 44. Procédures de sélection avec négociations consécutives	Article 49. Demande de propositions avec négociations consécutives
Article 45. Confidentialité	Article 23. Confidentialité

Article de la Loi type de 1994	Dispositions correspondantes du projet de texte révisé de la Loi type
CHAPITRE V. PASSATION DES MARCHÉS PAR D'AUTRES MÉTHODES QUE LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES	**Chapitre IV, articles 44 et 45, et chapitre V, articles 47, 48, 50 et 51**
Article 46. Appel d'offres en deux étapes	Article 47. Appel d'offres en deux étapes
Article 47. Appel d'offres restreint	Article 44. Appel d'offres restreint Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché
Article 48. Sollicitation de propositions	Article 48. Demande de propositions avec dialogue Article 34. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions
Article 49. Négociation avec appel à la concurrence	Article 50. Négociations avec appel à la concurrence Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché
• Articles 48-7 et 49-3	• Article 23. Confidentialité
Article 50. Sollicitation de prix	Article 45. Demande de prix Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché
Article 51. Sollicitation d'une source unique	Article 51. Sollicitation d'une source unique Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, des négociations avec appel à la concurrence et de la sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché

Article de la Loi type de 1994	**Dispositions correspondantes du projet de texte révisé de la Loi type**
CHAPITRE VI. RECOURS	**CHAPITRE VIII. CONTESTATIONS ET APPELS**
Article 52. Droit de recours	Article 63. Droit de contestation et d'appel
Article 53. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)	Article 65. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice
Article 54. Recours administratif	Article 66. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante
Article 55. Certaines règles applicables aux procédures de recours en vertu de l'article 53 [et de l'article 54]	Article 65. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice; Article 66. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante; Article 67. Droits des participants à une procédure de contestation ou d'appel; et Article 68. Confidentialité dans une procédure de contestation ou d'appel
Article 56. Suspension de la procédure de passation du marché	Article 64. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande en révision ou d'un appel; Article 65. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice; Article 66. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante
Article 57. Recours judiciaire	Article 69. Recours judiciaire

A/CN.9/729/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le préambule et les articles 1 à 13 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type révisée.

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

Préambule

CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) Aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés;

b) Favoriser et encourager la participation des fournisseurs et des entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international;

c) Promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché;

d) Garantir un traitement juste et équitable à tous les fournisseurs et entrepreneurs;

e) Promouvoir l'intégrité et l'équité du processus de passation des marchés et la confiance du public dans ce processus;

f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés;

le [Gouvernement] [Parlement] ... adopte la Loi ci-après.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

La présente Loi s'applique à toutes les passations de marchés publics.

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi:

a) Le mot "monnaie" englobe les unités de compte monétaires;

b) Le terme "sollicitation directe" désigne une sollicitation adressée directement à un seul fournisseur ou entrepreneur ou à un nombre limité de

fournisseurs ou d'entrepreneurs mais non une sollicitation adressée à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs après une procédure de préqualification ou de présélection;

c) Le terme "passation de marché national" désigne une passation de marché limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux conformément à l'article 8 de la présente Loi;

d) Le terme "enchère électronique inversée" désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel que l'entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses faisant l'objet d'une évaluation automatique;

e) Le terme "procédure d'accord-cadre" désigne une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du ou des fournisseurs ou entrepreneurs devant être parties à un accord-cadre avec une entité adjudicatrice, et une deuxième pour l'attribution d'un marché au titre de l'accord-cadre à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord:

i) Le terme "accord-cadre" désigne un ou des accords conclus entre l'entité adjudicatrice et le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés à l'issue de la première étape de la procédure d'accord-cadre;

ii) Le terme "accord-cadre fermé" désigne un accord-cadre ne permettant pas à un fournisseur ou entrepreneur de se joindre ultérieurement aux parties initiales;

iii) Le terme "accord-cadre ouvert" désigne un accord-cadre auquel, en plus des parties initiales, un ou des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent ultérieurement devenir parties;

iv) Le terme "procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape" désigne une procédure d'accord-cadre ouvert ou fermé avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur dans laquelle certaines conditions de la passation de marché qui ne peuvent être définies de façon suffisamment précise lors de la conclusion de l'accord doivent être définies ou précisées par une mise en concurrence lors de la deuxième étape;

v) Le terme "procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape" désigne une procédure d'accord-cadre fermé dans laquelle toutes les conditions de la passation de marché sont définies lors de la conclusion de l'accord.

f) Le terme "dossier de préqualification" désigne les documents émis par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 17 de la présente Loi et énonçant les conditions de la procédure de préqualification;

g) Le terme "dossier de présélection" désigne les documents émis par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 48-3 de la présente Loi et énonçant les conditions de la procédure de présélection;

h) Le terme "passation de marché" désigne l'acquisition de biens, de travaux ou de services (l'"objet du marché");

i) Le terme “marché” désigne un ou plusieurs contrats conclus entre l’entité adjudicatrice et un ou des fournisseurs ou entrepreneurs à l’issue de la procédure de passation de marché;

j) Le terme “passation de marché mettant en jeu des informations classifiées” désigne une passation de marché pour laquelle les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État peuvent autoriser l’entité adjudicatrice à prendre des mesures et à imposer des prescriptions pour protéger ces informations;

k) Le terme “règlements en matière de passation des marchés” désigne les règlements adoptés conformément à l’article 4 de la présente Loi;

l) Le terme “entité adjudicatrice” désigne:

i) *Option I*

Tout département, organisme, organe ou autre service public, toute subdivision de l’un d’entre eux ou tout groupement de plusieurs d’entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du (“Gouvernement” ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l’État adoptant), toute subdivision de l’un d’entre eux ou tout groupement de plusieurs d’entre eux, qui passe des marchés, sauf...; (et)

ii) (L’État adoptant peut ajouter au présent sous-alinéa et, si nécessaire, dans d’autres alinéas ci-après, d’autres entités ou entreprises, ou catégories d’entités ou d’entreprises, à inclure dans la définition de l’“entité adjudicatrice”);

m) Le terme “passation de marché public” désigne une passation de marché menée par une entité adjudicatrice;

n) Le terme “politiques socioéconomiques” désigne les politiques environnementales, sociales, économiques et autres du présent État dont les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation du présent État autorisent ou obligent l’entité adjudicatrice à tenir compte dans la procédure de passation de marché (L’État adoptant peut développer le présent alinéa en fournissant une liste indicative de ces politiques);

o) Le terme “sollicitation” désigne l’invitation à soumettre des offres, des propositions, des prix ou des enchères, selon le contexte;

p) Le terme “dossier de sollicitation” désigne le dossier émis par l’entité adjudicatrice, y compris les modifications qui y sont apportées, dans lequel sont énoncées les conditions de la passation de marché concernée;

q) Le terme “délai d’attente” désigne le délai commençant à l’expédition de l’avis visé à l’article 21-2 de la présente Loi, pendant lequel l’entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission à retenir et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi contre la décision communiquée;

r) Le terme “soumission” désigne de façon collective ou générique une offre, une proposition ou un prix ou plusieurs offres, propositions ou prix;

s) Le terme “fournisseur ou entrepreneur” désigne, selon le contexte, toute personne susceptible de participer à une procédure de passation de marché avec l’entité adjudicatrice ou y participant effectivement;

t) Le terme “garantie de soumission” désigne une garantie que l’entité adjudicatrice exige des fournisseurs ou entrepreneurs et qui lui est donnée pour assurer l’exécution de toute obligation visée à l’article 16-1 f) de la présente Loi. Il englobe des arrangements tels que les garanties bancaires, les cautionnements, les lettres de crédit stand-by, les chèques engageant au premier chef la responsabilité d’une banque, les dépôts en espèces, les billets à ordre et les lettres de change. Pour écarter tout doute, il ne désigne pas une garantie de bonne exécution du marché.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)][1]

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État née ou découlant de:

a) Tout traité ou autre forme d’accord auquel le présent État est partie avec un ou plusieurs autres États,

b) Tout accord conclu par le présent État avec une institution internationale intergouvernementale de financement, ou

[c) Tout accord entre le Gouvernement fédéral de [nom de l’État fédéral] et une ou plusieurs subdivisions de [nom de l’État fédéral], ou entre deux desdites subdivisions ou plus,]

les dispositions du traité ou de l’accord prévalent. Toutefois, à tous autres égards, la passation des marchés est régie par la présente Loi.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

Le [nom de l’organe ou de l’autorité habilité à promulguer la réglementation des marchés] est autorisé à promulguer la réglementation des marchés ayant pour objet d’atteindre les objectifs de la présente Loi et d’appliquer ses dispositions.

Article 5. Publication des textes juridiques

1. Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de la présente Loi, les règlements en matière de passation des marchés et les autres textes juridiques d’application générale relatifs aux passations de marchés régies par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications dont ils font l’objet, sont promptement rendus accessibles au public et systématiquement tenus à jour.

---

[1] Les passages entre crochets du présent article s’adressent aux États fédéraux.

2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives aux passations de marchés régies par la présente Loi sont mises à la disposition du public.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Les entités adjudicatrices peuvent publier des informations concernant les projets de marché prévus pour les mois ou les années à venir.

2. Les entités adjudicatrices peuvent également publier un préavis concernant la possibilité de marchés futurs.

3. La publication visée au présent article ne constitue pas une sollicitation, n'oblige pas l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation et ne confère pas de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. Les documents, notifications, décisions ou toutes autres informations générés au cours d'une passation de marché et communiqués comme l'exige la présente Loi, y compris en rapport avec un recours ou un appel visé au chapitre VIII ou au cours d'une réunion, ou versés au procès-verbal de la procédure de passation de marché conformément à l'article [24], sont présentés sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La sollicitation directe et la communication, entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice, des informations visées aux articles [16-1 d), 17-6 et 17-9, 40-2 a), 42-1 et 49-2 à 4], peuvent se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition qu'immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice spécifie:

a) Toute condition de forme;

b) Dans les passations de marchés mettant en jeu des informations classifiées, si elle juge qu'il y a lieu de le faire, les mesures et prescriptions nécessaires pour garantir la protection de ces informations au niveau requis;

c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur ou entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;

d) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature; et

e) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. L'entité adjudicatrice ne peut avoir recours qu'à des moyens de communication couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte de la passation de marché considérée. Dans toute réunion tenue avec les fournisseurs ou entrepreneurs, elle n'utilise que des moyens qui garantissent en outre que ceux-ci puissent participer pleinement et en direct à cette réunion.

5. L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées.

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à participer à une procédure de passation de marché sans distinction de nationalité, sauf lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter cette participation sur la base de la nationalité pour des motifs spécifiés dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation du présent État.

2. À moins qu'elle n'y soit autorisée ou tenue par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État, l'entité adjudicatrice n'impose aucune autre condition visant à limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

3. Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice déclare si cette participation est limitée conformément au présent article et pour quel motif. Cette déclaration ne peut être modifiée par la suite.

4. Si elle décide de limiter la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à une procédure de passation de marché conformément au présent article, l'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché les raisons et circonstances motivant cette limitation.

5. L'entité adjudicatrice communique à tout membre du public qui en fait la demande les motifs pour lesquels elle limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché conformément au présent article.

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Le présent article s'applique à la vérification par l'entité adjudicatrice des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché.

2. Les fournisseurs ou entrepreneurs doivent satisfaire à ceux des critères ci-après que l'entité adjudicatrice juge appropriés et pertinents dans les circonstances de la passation de marché concernée:

a) Avoir les qualifications professionnelles, techniques et environnementales, les compétences professionnelles et techniques, les ressources

financières, les équipements et autres moyens matériels, les compétences de gestion, la fiabilité, l'expérience et le personnel nécessaires pour exécuter le marché;

b) Respecter les normes éthiques et autres applicables dans le présent État;

c) Avoir la capacité de contracter;

d) Ne pas être en situation d'insolvabilité, de règlement judiciaire, de faillite ou de liquidation, ne pas avoir leurs affaires gérées par un tribunal ou un administrateur judiciaire, ne pas être sous le coup d'une mesure de suspension des activités commerciales et ne pas faire l'objet d'une procédure judiciaire pour l'une des raisons mentionnées ci-dessus;

e) S'être acquittés de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales dans le présent État;

f) Ne pas avoir été, non plus que leurs administrateurs ou leurs dirigeants, condamnés pour une infraction pénale liée à leur conduite professionnelle ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution d'un marché, durant une période de ... ans (l'État adoptant spécifie cette période) précédant l'ouverture de la procédure de passation de marché, ou n'avoir été de nulle autre manière disqualifiés à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion.

3. L'entité adjudicatrice peut exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation de marché, sous réserve de leur droit de protéger leur propriété intellectuelle ou leurs secrets professionnels, qu'ils fournissent les pièces ou autres renseignements pertinents lui permettant de s'assurer qu'ils sont qualifiés conformément aux critères énoncés au paragraphe 2.

4. Toute condition requise conformément au présent article est énoncée dans le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation et s'applique de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs. L'entité adjudicatrice n'impose pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critères, conditions ou procédures autres que ceux prévus dans la présente Loi.

5. L'entité adjudicatrice évalue les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux critères et procédures de qualification énoncés dans le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation.

6. En dehors des critères, conditions ou procédures qu'elle peut imposer conformément à l'article 8 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice n'établit pas, concernant les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, de critère, condition ou procédure qui entraîne une discrimination à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou de catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs, ou qui ne soit pas objectivement justifiable.

7. Nonobstant le paragraphe 6 du présent article, l'entité adjudicatrice peut exiger l'authentification des pièces que le fournisseur ou l'entrepreneur présentant la soumission à retenir a produites pour justifier de ses qualifications aux fins de la passation du marché. Ce faisant, elle n'impose pas, pour cette authentification, de condition autre que celles prévues dans la législation du présent État concernant l'authentification des pièces de cette nature.

8. a) L'entité adjudicatrice disqualifie un fournisseur ou entrepreneur si à quelque moment que ce soit elle constate que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications sont fausses;

b) L'entité adjudicatrice peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur si à quelque moment que ce soit elle constate que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions substantielles;

c) Sauf dans les cas auxquels s'applique l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut disqualifier un fournisseur ou entrepreneur au motif que les informations qu'il a présentées concernant ses qualifications comportent des erreurs ou omissions non essentielles. Elle peut cependant le disqualifier s'il ne remédie pas promptement à ces erreurs ou omissions alors qu'elle le lui demande;

d) L'entité adjudicatrice peut demander à un fournisseur ou entrepreneur qui était préqualifié conformément à l'article 17 de la présente Loi de justifier à nouveau de ses qualifications suivant les mêmes critères que ceux utilisés pour sa préqualification. Elle disqualifie tout fournisseur ou entrepreneur qui ne donne pas suite à cette demande. Elle fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur prié de justifier à nouveau de ses qualifications si elle juge ou non satisfaisantes les justifications qu'il a produites.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre

1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées.

2. En dehors des critères, conditions ou procédures que l'entité adjudicatrice peut imposer conformément à l'article 8 de la présente Loi, ni le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, ni le dossier de sollicitation ne doivent contenir ou utiliser de description de l'objet du marché susceptible de restreindre la participation ou l'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, y compris des restrictions fondées sur la nationalité.

3. La description de l'objet du marché peut comprendre des spécifications, plans, dessins, modèles, conditions, concernant notamment les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage ou l'étiquetage ou les certificats de conformité, ainsi que des symboles et de la terminologie.

4. Dans la mesure où cela est faisable, la description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique, et énonce les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance de cet objet. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marque de fabrique ou de commerce ou nom commercial, de brevet, de dessin ou modèle, de type, d'origine ni de producteur déterminé, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition d'y adjoindre une formule telle que "ou l'équivalent".

5. a) Pour la formulation de la description de l'objet du marché, le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation utilisent, lorsqu'ils existent, des expressions, conditions, symboles et termes normalisés relatifs aux caractéristiques techniques et qualitatives dudit objet;

b) Il est dûment tenu compte de la nécessité d'utiliser des termes commerciaux normalisés et des conditions normalisées, lorsqu'ils existent, pour la formulation des conditions de la passation de marché et du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation et pour la formulation d'autres aspects pertinents du dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et du dossier de sollicitation.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

1. À l'exception des critères énoncés au paragraphe 4 du présent article, les critères d'évaluation ont un lien avec l'objet du marché.

2. Les critères d'évaluation peuvent comprendre:

a) Le prix;

b) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques de l'objet du marché, telles que les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux et les caractéristiques environnementales de l'objet, les conditions de paiement et les conditions de garantie relatives à l'objet du marché;

c) Lorsque cela est pertinent pour un marché passé conformément aux articles 46, 48 et 49, l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou de l'entrepreneur et du personnel devant participer à la fourniture de l'objet du marché.

3. Tous les critères d'évaluation autres que le prix sont, dans la mesure où cela est faisable, objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires.

4. Outre les critères énoncés au paragraphe 2, les critères d'évaluation peuvent comprendre:

a) Tout critère dont les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État autorisent ou exigent la prise en compte;

b) Une marge de préférence accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement, si elle est autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation du présent État. La marge de préférence est calculée conformément aux règlements en matière de passation des marchés.

5. L'entité adjudicatrice mentionne dans le dossier de sollicitation:

a) Si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères;

b) Tous les critères d'évaluation établis conformément au présent article, y compris le prix et toute marge de préférence;

c) Lorsque des critères autres que le prix doivent être utilisés dans la procédure d'évaluation, les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation, y compris du prix et de toute marge de préférence, sauf si la passation de marché est menée en conformité avec l'article 48, auquel cas l'entité adjudicatrice énumère tous les critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance;

d) Les modalités d'application des critères dans la procédure d'évaluation.

6. Pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Aucun critère ou procédure qui n'a pas été énoncé conformément à la présente disposition ne sera utilisé.

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

1. Une entité adjudicatrice ne peut ni fractionner un marché ni utiliser une méthode d'évaluation particulière pour estimer la valeur d'un marché dans le but de limiter la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la présente Loi.

2. Lorsqu'elle estime la valeur d'un marché, l'entité adjudicatrice inclut la valeur totale maximale estimée du marché ou de l'ensemble des marchés envisagés au titre d'un accord-cadre sur toute sa durée, en tenant compte de toutes les formes de rémunération.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. Le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et le dossier de sollicitation sont établis en ... (l'État adoptant spécifie sa ou ses langues officielles) (et dans une langue d'usage courant dans le commerce international à moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement dans les circonstances visées à l'article 32-4 de la présente Loi).

2. Les demandes de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et les soumissions peuvent être formulées et présentées dans la langue du dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, et du dossier de sollicitation, respectivement, ou dans toute autre langue autorisée par ces documents.

A/CN.9/729/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant les articles 14 à 25 du chapitre premier (Dispositions générales).

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES (*suite*)

Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions

1. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification ou de présélection sont indiqués dans l'invitation à participer à la préqualification ou à la présélection et dans le dossier de préqualification ou de présélection, selon le cas. Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions sont indiqués dans le dossier de sollicitation.

2. La date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions est exprimée sous la forme d'une date et d'une heure précises et laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour établir et présenter leur demande ou leur soumission, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

3. En cas de clarification ou de modification du dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation, l'entité adjudicatrice, avant la date limite applicable de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions, reporte cette date si nécessaire ou comme l'exige l'article 15-3 de la présente Loi, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs aient suffisamment de temps pour tenir compte de cette clarification ou modification dans leur demande ou leur soumission.

4. Si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur demande de préqualification, leur demande de présélection ou leur soumission à la date limite initialement fixée, l'entité adjudicatrice peut, avant cette date, décider à son gré de prolonger le délai applicable.

5. Toute prolongation de délai est promptement notifiée à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. Les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à l'entité adjudicatrice des éclaircissements sur le dossier de sollicitation. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des soumissions. Elle donne sa réponse dans un délai qui permette au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa soumission en temps voulu et, sans indiquer l'origine de la demande, communique les éclaircissements à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation.

2. À tout moment avant la date limite de présentation des soumissions, l'entité adjudicatrice peut, pour une raison quelconque, de sa propre initiative ou suite à une demande d'éclaircissements émanant d'un fournisseur ou entrepreneur, modifier le dossier de sollicitation par voie d'additif. L'additif est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels elle a adressé le dossier de sollicitation et s'impose à eux.

3. Si, à la suite d'une clarification ou d'une modification apportée conformément au présent article, les informations qu'elle avait publiées en sollicitant pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché deviennent substantiellement inexactes, l'entité adjudicatrice fait publier les informations modifiées de la même manière et au même endroit que les informations originales et reporte la date limite de présentation des soumissions comme le prévoit l'article 14-3 de la présente Loi.

4. Si elle convoque une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, l'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la réunion dans lequel elle indique, sans en préciser l'origine, les demandes d'éclaircissements qui ont été présentées concernant le dossier de sollicitation et les réponses qu'elle y a apportées. Le procès-verbal est communiqué promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation, afin qu'ils puissent en tenir compte pour l'établissement de leur soumission.

Article 16. Garanties de soumission

1. Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs présentant une soumission:

a) Cette exigence s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs;

b) Le dossier de sollicitation peut exiger que l'émetteur et, le cas échéant, le confirmateur de la garantie de soumission, de même que la forme et les conditions de la garantie, soient agréés par l'entité adjudicatrice. En cas de passation d'un marché national, il peut exiger en outre que la garantie soit émise par un émetteur du présent État;

c) Nonobstant les dispositions de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter une garantie de soumission au motif que celle-ci n'a pas été émise par un émetteur du présent État lorsque la garantie et l'émetteur satisfont par ailleurs aux conditions énoncées dans le dossier de sollicitation, sauf si:

i) En acceptant la garantie, elle viole une loi du présent État; ou

ii) Elle exige, en cas de passation d'un marché national, que la garantie soit émise par un émetteur du présent État;

d) Avant de présenter une soumission, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice la confirmation que l'émetteur ou, le cas échéant, le confirmateur proposé remplit bien les conditions requises pour être agréé; l'entité adjudicatrice répond promptement à cette demande;

e) Ladite confirmation n'empêche pas l'entité adjudicatrice de rejeter la garantie de soumission au motif que l'émetteur ou le confirmateur, selon le cas, est devenu insolvable ou que la qualité de sa signature est compromise;

f) L'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation toutes les conditions concernant l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de la garantie de soumission requise; les conditions se rapportant directement ou indirectement à la conduite du fournisseur ou de l'entrepreneur présentant la soumission ne peuvent concerner que:

i) Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation;

ii) Le défaut de signature d'un marché alors que la signature est exigée par le dossier de sollicitation; et

iii) Le défaut de fourniture de la garantie requise de bonne exécution du marché après l'acceptation de la soumission à retenir ou le manquement à toute autre condition préalable à la signature du marché spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. L'entité adjudicatrice ne réclame pas le montant de la garantie de soumission et retourne, ou fait retourner, promptement le document de garantie dès que se produit l'un des faits suivants:

a) L'expiration de la garantie de soumission;

b) L'entrée en vigueur d'un marché et la fourniture d'une garantie de bonne exécution, si le dossier de sollicitation exige une telle garantie;

c) L'abandon de la passation;

d) Le retrait d'une soumission avant la date limite de présentation des soumissions, à moins que le dossier de sollicitation n'interdise un tel retrait.

Article 17. Procédure de préqualification

1. L'entité adjudicatrice peut ouvrir une procédure de préqualification afin d'identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés. Les dispositions de l'article 9 de la présente Loi s'appliquent à cette procédure.

2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification dans ... (l'État adoptant

spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle où l'invitation doit être publiée). À moins que l'entité adjudicatrice n'en décide autrement dans les circonstances visées à l'article 32-4 de la présente Loi, l'invitation est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale.

3. L'invitation à participer à la préqualification inclut les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

d) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les modalités et le lieu d'obtention du dossier de préqualification;

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour le dossier de préqualification et, après la préqualification, pour le dossier de sollicitation;

g) Si un prix est demandé, les modalités de paiement du dossier de préqualification et, après la préqualification, du dossier de sollicitation, ainsi que la monnaie de paiement;

h) La ou les langues dans lesquelles le dossier de préqualification et, après la préqualification, le dossier de sollicitation sont disponibles;

i) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification et, s'ils sont déjà connus, le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions, conformément à l'article 14 de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice fournit un exemplaire du dossier de préqualification à chaque fournisseur ou entrepreneur qui en fait la demande conformément à l'invitation à participer à la préqualification et qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Le prix que l'entité adjudicatrice peut demander pour le dossier de préqualification correspond uniquement au coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

5. Le dossier de préqualification comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des demandes de préqualification;

b) Les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications;

c) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de préqualification, sans l'intervention d'un intermédiaire;

d) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de préqualification, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

e) Toutes autres règles pouvant être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des demandes de préqualification et la procédure de préqualification.

6. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements sur le dossier de préqualification qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de présentation des demandes de préqualification. Elle donne sa réponse dans un délai qui permette au fournisseur ou à l'entrepreneur de présenter sa demande de préqualification en temps voulu. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de préqualification.

7. L'entité adjudicatrice prend une décision sur les qualifications de chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une demande de préqualification. Pour prendre cette décision, elle n'applique que les critères et les procédures énoncés dans l'invitation à participer à la préqualification et dans le dossier de préqualification.

8. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont autorisés à participer à la suite de la procédure de passation de marché.

9. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une demande de préqualification s'il est ou non préqualifié. Elle communique également à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

10. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification.

Article 18. Abandon de la passation de marché

1. L'entité adjudicatrice peut abandonner la passation de marché à tout moment avant l'acceptation de la soumission à retenir et, une fois celle-ci acceptée, dans les circonstances visées à l'article 21-8 de la présente Loi. Une fois qu'elle a pris la décision d'abandonner la passation de marché, elle n'ouvre aucune offre ni aucune proposition.

2. La décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées à tout fournisseur ou

entrepreneur ayant présenté une soumission. L'entité adjudicatrice publie en outre promptement un avis d'abandon de la passation de la même manière et au même endroit qu'ont été publiées les informations originales concernant la procédure de passation de marché, et renvoie les offres ou propositions qui ne sont pas ouvertes au moment de la décision aux fournisseurs ou entrepreneurs qui les ont présentées.

3. À moins que l'abandon de la passation ne résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part, l'entité adjudicatrice n'encourt aucune responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission au seul motif qu'elle invoque le paragraphe 1 du présent article.

Article 19. Rejet des soumissions anormalement basses

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle conclut que le prix, conjugué à d'autres éléments composant la soumission, est anormalement bas par rapport à l'objet du marché et suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission à exécuter le marché, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur la soumission suscitant ces craintes;

b) Qu'elle ait pris en compte toute information communiquée par le fournisseur ou l'entrepreneur en réponse à sa demande et les informations contenues dans la soumission, mais qu'elle continue sur la base de toutes ces informations d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait mentionné ces craintes et les raisons qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 20. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

1. L'entité adjudicatrice exclut un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché:

a) Si celui-ci propose, fournit ou convient de fournir, directement ou indirectement à tout administrateur ou employé, ou ancien administrateur ou employé, de l'entité adjudicatrice ou de toute autre autorité publique, un avantage financier sous quelque forme que ce soit, un emploi ou tout autre service ou objet de valeur pour influencer un acte, une décision ou une procédure de l'entité adjudicatrice liés à la procédure de passation de marché; ou

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur a un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d'intérêts en violation des dispositions de la législation du présent État.

2. Toute décision de l'entité adjudicatrice d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché en application du présent article et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché et promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

1. L'entité adjudicatrice accepte la soumission à retenir à moins que:

a) Le fournisseur ou l'entrepreneur l'ayant présentée ne soit disqualifié en application de l'article 9 de la présente Loi; ou

b) La passation de marché ne soit abandonnée en application de l'article 18-1 de la présente Loi; ou

c) La soumission à retenir à l'issue de l'évaluation ne soit rejetée comme anormalement basse en application de l'article 19 de la présente Loi; ou

d) Le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir ne soit exclu de la procédure de passation de marché pour les motifs spécifiés à l'article 20 de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice avise promptement chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission de sa décision d'accepter la soumission à retenir à la fin du délai d'attente. L'avis comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir;

b) Le prix du marché ou, si la soumission à retenir a été déterminée sur la base du prix et d'autres critères, le prix du marché et un résumé des autres caractéristiques et avantages relatifs de cette soumission; et

c) La durée du délai d'attente prévue dans le dossier de sollicitation, qui est [au moins] de ... jours ouvrables (l'État adoptant indique le délai) [sauf dispositions contraires des règlements en matière de passation des marchés] et qui court à partir de la date d'expédition de l'avis, conformément au présent paragraphe, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission.

3. Le paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas à l'attribution des marchés dans les cas suivants:

a) Dans une procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape;

b) Lorsque le prix du marché est inférieur à ... (l'État adoptant indique un seuil); ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice décide que des considérations urgentes d'intérêt général exigent de poursuivre la passation de marché sans délai d'attente.

La décision de l'entité adjudicatrice concluant à l'existence de telles considérations et les raisons de cette décision sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

4. À l'expiration du délai d'attente ou, si elle n'applique pas de délai d'attente, dès qu'elle a déterminé la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice expédie l'avis d'acceptation au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission, à moins que [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant] n'en décide autrement.

5. À moins qu'un marché écrit ou l'approbation d'une autre autorité ne soient exigés, un marché conforme aux conditions de la soumission retenue entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation a été expédié au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, à condition qu'il soit expédié pendant la durée de validité de la soumission.

6. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée signe un marché écrit conforme aux conditions de ladite soumission, les dispositions suivantes s'appliquent:

a) L'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur concerné signent le marché dans un délai raisonnable après que l'avis d'acceptation a été expédié à ce dernier;

b) À moins que le dossier de sollicitation n'exige l'approbation du marché par une autre autorité, ledit marché entre en vigueur lorsqu'il est signé par le fournisseur ou l'entrepreneur concerné et par l'entité adjudicatrice. Entre le moment de l'expédition de l'avis d'acceptation et l'entrée en vigueur du marché, ni l'entité adjudicatrice ni le fournisseur ou l'entrepreneur ne prennent de mesures qui puissent compromettre l'entrée en vigueur du marché ou son exécution.

7. Lorsque le dossier de sollicitation exige que le marché soit approuvé par une autre autorité, celui-ci n'entre pas en vigueur avant que l'approbation ne soit donnée. Le dossier de sollicitation donne une estimation du délai nécessaire, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation. La non-obtention de l'approbation dans ce délai n'entraîne pas une prorogation de la période de validité des soumissions spécifiée dans le dossier de sollicitation ni de la période de validité de la garantie de soumission requise en application de l'article 16 de la présente Loi.

8. Si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été acceptée ne signe pas de marché écrit comme il le doit, ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation soit décider de sélectionner, parmi les soumissions restant valables, la soumission à retenir suivante conformément aux critères et procédures énoncés dans la présente Loi et dans le dossier de sollicitation. Dans le dernier cas, les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* à cette soumission.

9. Les avis mentionnés dans le présent article sont expédiés lorsqu'ils sont promptement et dûment adressés ou envoyés et transmis de toute autre manière au fournisseur ou à l'entrepreneur, ou remis à une autorité compétente pour transmission au fournisseur ou à l'entrepreneur, par tout moyen fiable spécifié conformément à l'article 7 de la présente Loi.

10. Dès l'entrée en vigueur du marché et la présentation par le fournisseur ou l'entrepreneur d'une garantie de bonne exécution, si une telle garantie est exigée, un avis d'attribution du marché, dans lequel sont indiqués le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant conclu le marché et le prix de ce dernier, est communiqué promptement aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 22. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

1. Dès l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion d'un accord-cadre, l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, dans lequel elle indique le nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le marché ou l'accord-cadre a été attribué et, s'agissant du marché, le prix de ce dernier.

2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont le prix est inférieur à ... (l'État adoptant indique un seuil). L'entité adjudicatrice publie périodiquement, mais au moins une fois par an, un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. Les règlements en matière de passation des marchés indiquent les modalités de publication des avis mentionnés dans le présent article.

Article 23. Confidentialité

1. Dans ses communications avec les fournisseurs ou entrepreneurs ou avec le public, l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la non-divulgation est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale, à moins que [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant] ne l'enjoigne à divulguer cette information et, dans ce cas, sous réserve des conditions d'une telle injonction.

2. Sauf lorsqu'elle fournit ou publie des informations en application des articles 21-2 et 10, 22, 24 et 41 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice traite les demandes de préqualification ou de présélection et les soumissions de manière à éviter la divulgation de leur contenu aux fournisseurs ou entrepreneurs en compétition ou à toute autre personne n'ayant pas l'autorisation d'accéder à ce type d'informations.

3. Les discussions, communications, négociations et dialogue ayant eu lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur conformément aux articles 47-3 et 48 à 50 de la présente Loi sont confidentiels. Sauf si la législation l'exige ou [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant] l'ordonne, ou si le dossier de sollicitation l'autorise, aucune partie aux discussions, communications, négociations ou dialogue ne divulgue à aucune autre personne des informations techniques, des informations relatives aux prix ou d'autres informations concernant ces discussions, communications, négociations ou dialogue sans le consentement de l'autre partie.

4. Sous réserve des exigences du paragraphe 1 du présent article, dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, l'entité adjudicatrice peut:

a) Imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger ces informations; et

b) Demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent les exigences visant à protéger ces informations.

Article 24. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

1. L'entité adjudicatrice tient un procès-verbal de la procédure de passation de marché qui inclut les renseignements suivants:

a) Une brève description de l'objet du marché;

b) Le nom et l'adresse des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission, et le nom et l'adresse du ou des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels le marché est conclu et le prix de ce dernier (dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, également le nom et l'adresse du ou des fournisseurs ou entrepreneurs avec lesquels l'accord-cadre est conclu);

c) Un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour décider des moyens de communication et de toute condition de forme;

d) Dans une procédure de passation de marché où l'entité adjudicatrice, conformément à l'article 8 de la présente Loi, limite la participation des fournisseurs ou entrepreneurs, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour imposer cette limitation;

e) Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette autre méthode;

f) En cas de passation de marché effectuée par voie d'enchère ou dans laquelle une enchère précède l'attribution du marché, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour recourir à cette enchère, et des informations concernant la date et l'heure d'ouverture et de clôture de l'enchère;

g) En cas de procédure d'accord-cadre, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier le recours à cette procédure et le type d'accord-cadre choisi;

h) Si elle décide d'abandonner la passation de marché conformément à l'article 18-1 de la présente Loi, une déclaration à cet effet et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour prendre cette décision;

i) Si des politiques socioéconomiques ont été prises en considération dans la procédure de passation de marché, des précisions sur ces politiques et la manière dont elles ont été appliquées;

j) Si elle a décidé de n'appliquer aucun délai d'attente, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre cette décision;

k) En cas de procédure de recours ou d'appel engagée en vertu du chapitre VIII de la présente Loi, une copie de la demande de réexamen ou de la demande en révision et de l'appel, selon le cas, et de toutes les décisions prises dans l'une ou l'autre procédure, ou les deux, ainsi que des motifs de ces décisions;

l) Un résumé des demandes d'éclaircissements concernant le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, ou le dossier de sollicitation, des réponses à ces demandes, ainsi que de toute modification de ces dossiers;

m) Des renseignements relatifs aux qualifications, ou à l'insuffisance des qualifications, des fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté des demandes de préqualification ou de présélection, le cas échéant, ou des soumissions;

n) Si une soumission est rejetée conformément à l'article 19 de la présente Loi, une déclaration à cet effet et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre sa décision;

o) Si un fournisseur ou entrepreneur est exclu de la procédure de passation de marché conformément à l'article 20 de la présente Loi, une déclaration à cet effet et un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour prendre sa décision;

p) Une copie de l'avis du délai d'attente donné conformément à l'article 21-2 de la présente Loi;

q) Si la procédure de passation de marché a abouti à l'attribution d'un marché en application de l'article 21-8 de la présente Loi, une déclaration motivée à cet effet;

r) Le prix et les autres conditions principales du marché; lorsqu'il a été conclu par écrit, une copie du marché (Dans le cas d'une procédure d'accord-cadre, également un résumé des principales conditions de l'accord-cadre ou une copie de tout accord-cadre écrit conclu);

s) Le prix, ou le mode de détermination du prix, et un résumé des autres principales conditions de chaque soumission;

t) Un résumé de l'évaluation des soumissions, y compris l'application de toute marge de préférence conformément à l'article 11-4 b) de la présente Loi, et des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier tout rejet des offres présentées au cours l'enchère;

u) Lorsque des exceptions à la divulgation d'informations sont invoquées en vertu de l'article 23-1 ou 68 de la présente Loi, un exposé des raisons et circonstances sur lesquelles l'entité adjudicatrice s'est fondée pour invoquer de telles exceptions;

v) Dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, toute exigence imposée aux fournisseurs ou entrepreneurs pour protéger ces informations, conformément à l'article 23-4 de la présente Loi; et

w) Les autres renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément aux dispositions de la présente Loi ou des règlements en matière de passation des marchés.

2. La partie du procès-verbal visée aux alinéas a) à k) du paragraphe 1 du présent article est communiquée à toute personne qui le demande après que la soumission à retenir a été acceptée ou après que la passation de marché a été abandonnée.

3. Sauf si elle est divulguée conformément aux dispositions de l'article 41-3 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) du paragraphe 1 du présent article est communiquée, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission à retenir ou de l'abandon de la passation de marché. Seul [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant] peut ordonner que la partie du procès-verbal visée aux alinéas s) et t) soit divulguée plus tôt.

4. Sauf injonction de [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant], et sous réserve des conditions d'une telle injonction, l'entité adjudicatrice ne divulgue:

a) Aucune information du procès-verbal de la procédure de passation de marché dont la non-divulgation est nécessaire pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État ou dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuirait à la concurrence loyale;

b) Aucune information relative à l'examen et à l'évaluation des soumissions, ainsi qu'au montant des soumissions, à l'exception du résumé visé à l'alinéa t) du paragraphe 1 du présent article.

5. L'entité adjudicatrice enregistre, archive et conserve tous les documents relatifs à la procédure de passation de marché conformément aux règlements en matière de passation des marchés ou à d'autres dispositions de la législation du présent État.

Article 25. Code de conduite

Un code de conduite pour les administrateurs ou employés des entités adjudicatrices est adopté. Il traite, entre autres, de la prévention des conflits d'intérêts dans la passation des marchés et, s'il y a lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés, des procédures de sélection desdits personnels et des exigences en matière de formation. Le code de conduite ainsi adopté est promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour.

A/CN.9/729/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre II (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 26 à 34, et le chapitre III (Appel d'offres ouvert) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 35 à 43.

CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ

SECTION I. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES

Article 26. Méthodes de passation des marchés[1]

1. L'entité adjudicatrice peut passer un marché en recourant aux méthodes suivantes:

a) Appel d'offres ouvert;

b) Appel d'offres restreint;

c) Demande de prix;

d) Demande de propositions sans négociation;

e) Appel d'offres en deux étapes;

f) Demande de propositions avec dialogue;

g) Demande de propositions avec négociations consécutives;

h) Négociations avec appel à la concurrence;

i) Enchère électronique inversée; et

j) Sollicitation d'une source unique.

---

[1] Les États pourront choisir de ne pas incorporer dans leur législation toutes les méthodes de passation de marchés énumérées dans le présent article, mais il faudrait toujours prévoir suffisamment d'options, dont l'appel d'offres ouvert. Sur cette question, voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/...). Les États peuvent décider d'exiger, pour certaines méthodes de passation de marchés, l'approbation d'une autorité supérieure désignée. À ce propos, voir le Guide pour l'incorporation.

2. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément aux dispositions du chapitre VII de la présente Loi.

Article 27. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. Sauf disposition contraire des articles 28 à 30 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres ouvert pour passer un marché.

2. L'entité adjudicatrice ne peut recourir à une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert que dans les conditions prévues aux articles 28 à 30 de la présente Loi. Elle choisit la méthode adaptée aux circonstances de la passation concernée et s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible.

3. Si l'entité adjudicatrice utilise une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert, elle indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à cette méthode.

Article 28. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre IV de la présente Loi (appel d'offres restreint, demande de prix et demande de propositions sans négociation)

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres restreint conformément à l'article 44 de la présente Loi lorsque:

a) L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de prix conformément à l'article 45 de la présente Loi pour se procurer des biens ou des services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à sa description particulière et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.

3. L'entité adjudicatrice peut, conformément à l'article 46 de la présente Loi, recourir à la demande de propositions sans négociation quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions.

Article 29. Conditions d'utilisation des méthodes de passation des marchés prévues au chapitre V de la présente Loi (appel d'offres en deux étapes, demande de propositions avec dialogue, demande de propositions avec négociations consécutives, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique)

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à l'appel d'offres en deux étapes conformément à l'article 47 de la présente Loi lorsque:

a) Elle estime que des discussions avec les fournisseurs ou entrepreneurs sont nécessaires pour améliorer des points de la description de l'objet du marché et les formuler avec la précision requise à l'article 10 de la présente Loi et afin de trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins; ou

b) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché en application de l'article 18-1 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché.

2. (Sous réserve d'approbation par [nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation])[2], l'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 48 de la présente Loi lorsque:

a) Elle est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article 10 de la présente Loi et estime qu'un dialogue avec les fournisseurs ou entrepreneurs est nécessaire pour trouver la solution la mieux adaptée à ses besoins;

b) Elle souhaite conclure un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sauf lorsque le marché prévoit la production d'articles dans des quantités suffisantes pour assurer leur viabilité commerciale ou amortir les frais de recherche-développement;

c) Elle conclut que la méthode choisie est, pour la passation de marché, celle qui convient le mieux à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État; ou

d) Une procédure d'appel d'offres ouvert a été engagée mais aucune offre n'a été présentée ou l'entité adjudicatrice a abandonné la passation de marché conformément à l'article 18-1 de la présente Loi et juge improbable qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres ouvert ou que le recours à une méthode de passation prévue au chapitre IV de la présente Loi aboutisse à la conclusion d'un marché.

3. L'entité adjudicatrice peut recourir à la demande de propositions avec négociations consécutives conformément à l'article 49 de la présente Loi quand elle a besoin d'examiner les aspects financiers des propositions séparément et seulement une fois achevés l'examen et l'évaluation des aspects qualitatifs et techniques des propositions, et estime que des négociations consécutives avec les fournisseurs ou

---

[2] L'État adoptant peut envisager d'adopter les dispositions figurant entre parenthèses lorsqu'il souhaite soumettre le recours à cette méthode de passation à une mesure de contrôle *ex ante*.

entrepreneurs sont nécessaires pour faire en sorte que les conditions financières du marché lui soient acceptables.

4. L'entité adjudicatrice peut recourir aux négociations avec appel à la concurrence, conformément aux dispositions de l'article 50 de la présente Loi, dans les circonstances suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que de ce fait il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à d'autres méthodes de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait, à condition qu'elle n'ait pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence et que celles-ci ne résultent pas de manœuvres dilatoires de sa part;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'urgence et que de ce fait il ne serait pas réaliste de recourir à une procédure d'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation de marché avec mise en concurrence à cause du temps que cela prendrait; ou

c) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à une autre méthode de passation avec mise en concurrence ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État.

5. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation d'une source unique conformément aux dispositions de l'article 51 de la présente Loi dans les circonstances exceptionnelles suivantes:

a) Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation;

b) Lorsqu'en raison d'un événement catastrophique, l'objet du marché est nécessaire d'extrême urgence et qu'il ne serait pas réaliste de recourir à une autre méthode de passation de marché à cause du temps que cela prendrait;

c) Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent;

d) Lorsque l'entité adjudicatrice considère que le recours à toute autre méthode de passation ne convient pas à la protection des intérêts de sécurité nationale de l'État; ou

e) Sous réserve d'approbation par [nom de l'organe habilité par l'État adoptant à donner l'approbation], et après avoir publié une annonce publique et donné aux intéressés l'occasion de formuler des observations, lorsque la passation d'un marché avec un fournisseur ou entrepreneur donné est nécessaire pour

appliquer une politique socioéconomique dudit État, à condition qu'il soit impossible de promouvoir cette politique en attribuant le marché à un autre fournisseur ou entrepreneur.

Article 30. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

1. L'entité adjudicatrice peut recourir à une enchère électronique inversée conformément aux dispositions du chapitre VI de la présente Loi dans les conditions suivantes:

a) Lorsqu'il lui est possible de formuler une description détaillée et précise de l'objet du marché;

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; et

c) Lorsque les critères qu'elle utilisera pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.

2. L'entité adjudicatrice peut utiliser une enchère électronique inversée comme étape précédant l'attribution d'un marché dans une méthode de passation conformément aux dispositions de la présente Loi. Elle peut également recourir à une enchère électronique inversée pour l'attribution d'un marché dans une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape conformément aux dispositions de la présente Loi. Elle ne peut recourir à une enchère électronique inversée en vertu du présent paragraphe que si les conditions énoncées au paragraphe 1 c) du présent article sont respectées.

Article 31. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

1. L'entité adjudicatrice peut engager une procédure d'accord-cadre conformément au chapitre VII de la présente Loi lorsqu'elle estime que:

a) L'objet du marché devrait être nécessaire de manière indéterminée au cours d'une période donnée; ou

b) L'objet du marché peut, de par sa nature, être nécessaire de façon urgente au cours d'une période donnée.

2. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une procédure d'accord-cadre et le type d'accord-cadre choisi.

SECTION II. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ

Article 32. Sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, de l'appel d'offres en deux étapes et de la passation de marché par voie d'enchère électronique inversée

1. L'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou à l'enchère électronique inversée visée à l'article 52 de la présente Loi est publiée dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle la sollicitation doit être publiée).

2. L'invitation est également publiée dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale, une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle de grande diffusion internationale.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque l'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 17 de la présente Loi.

4. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de faire publier l'invitation visée au paragraphe 2 du présent article lorsqu'il s'agit d'un marché national ou d'une procédure de passation pour laquelle elle conclut que, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions.

Article 33. Sollicitation dans le cas de l'appel d'offres restreint, de la demande de prix, et des négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique. Exigence d'un avis préalable de passation de marché

1. a) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons spécifiées à l'article 28-1 a) de la présente Loi, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs et entrepreneurs auprès desquels l'objet du marché peut être obtenu;

b) Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à l'appel d'offres restreint pour les raisons indiquées à l'article 28-1 b) de la présente Loi, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et retient un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

2. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à la demande de prix conformément à l'article 28-2 de la présente Loi, elle demande des prix à autant de fournisseurs ou d'entrepreneurs que possible mais au moins trois.

3. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à des négociations avec appel à la concurrence conformément à l'article 29-4 de la présente Loi, elle engage des négociations avec un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

4. Lorsque l'entité adjudicatrice recourt à la sollicitation d'une source unique conformément à l'article 29-5 de la présente Loi, elle sollicite une proposition ou un prix d'un seul fournisseur ou entrepreneur.

5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou une autre publication officielle dans laquelle l'avis doit être publié). L'avis comporte au minimum les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi; et

d) La méthode de passation utilisée.

6. Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas dans les situations d'urgence mentionnées aux articles 29-4 b) et 29-5 b).

Article 34. Sollicitation dans le cas de la procédure de demande de propositions

1. L'invitation à participer à la procédure de demande de propositions est publiée conformément à l'article 32-1 et 2, sauf lorsque:

a) L'entité adjudicatrice engage une procédure de préqualification conformément à l'article 17 de la présente Loi ou une procédure de présélection conformément à l'article 48-3 de la présente Loi; ou

b) L'entité adjudicatrice engage une sollicitation directe dans les conditions énoncées au paragraphe 2 du présent article; ou

c) L'entité adjudicatrice décide de ne pas faire publier l'invitation conformément à l'article 32-2 de la présente Loi dans les circonstances énoncées à l'article 32-4 de la présente Loi.

2. L'entité adjudicatrice peut recourir à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions si:

a) L'objet du marché n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs, à condition de solliciter des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou

b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective; ou

c) La passation de marché met en jeu des informations classifiées, à condition que l'entité adjudicatrice sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une concurrence effective.

3. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

4. L'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché conformément aux prescriptions de l'article 33-5 lorsqu'elle recourt à la sollicitation directe dans la procédure de demande de propositions.

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT

SECTION I. SOLLICITATION DES OFFRES

Article 35. Procédures de sollicitation des offres

L'entité adjudicatrice sollicite des offres en faisant publier une invitation à soumettre une offre conformément aux dispositions de l'article 32 de la présente Loi.

Article 36. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

L'invitation à soumettre une offre comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Un résumé des principales conditions du marché ou de l'accord-cadre qui sera conclu lors de la procédure de passation de marché, notamment la nature, la quantité et le lieu de livraison des biens à fournir, la nature et l'emplacement des travaux à effectuer ou la nature et le lieu de fourniture des services, ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens ou l'achèvement des travaux, ou le calendrier de la fourniture des services;

c) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

d) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les modalités et le lieu d'obtention du dossier de sollicitation;

f) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour le dossier de sollicitation;

g) Si un prix est demandé pour le dossier de sollicitation, les modalités et la monnaie de paiement;

h) La ou les langues dans lesquelles le dossier de sollicitation est disponible;

i) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres.

Article 37. Communication du dossier de sollicitation

L'entité adjudicatrice fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation à soumettre une offre conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées. Si une procédure de préqualification a été ouverte, elle fournit le dossier de sollicitation à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié qui en acquitte le prix demandé le cas échéant. Ce prix ne dépasse pas le coût de la distribution du dossier aux fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 38. Teneur du dossier de sollicitation

Le dossier de sollicitation comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement des soumissions;

b) Les critères et procédures visées aux dispositions de l'article 9 de la présente Loi, qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et pour confirmer les qualifications en application de l'article 42-6 de la présente Loi;

c) Les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications;

d) La description de l'objet du marché, conformément à l'article 10 de la présente Loi; la quantité de biens; les services à exécuter; le lieu où les biens doivent être livrés, les travaux effectués ou les services fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la livraison des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services;

e) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

f) Si des variantes par rapport aux caractéristiques de l'objet du marché, aux conditions contractuelles ou autres conditions spécifiées dans le dossier de sollicitation sont autorisées, une mention le précisant et une description de la manière dont les offres comportant de telles variantes seront évaluées;

g) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être présentées;

h) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

j) La ou les langues, conformément à l'article 13 de la présente Loi, dans lesquelles les offres doivent être établies;

k) Toute stipulation de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'émetteur, ainsi que la nature, la forme, le montant et les autres conditions principales de toute garantie de soumission exigée des fournisseurs ou entrepreneurs présentant des offres conformément à l'article 16 de la présente Loi, et toute stipulation concernant toute garantie de bonne exécution du marché exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur avec lequel le marché est conclu, y compris des garanties telles que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux;

l) Si les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas autorisés à modifier ou retirer leur offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre leur garantie de soumission, une mention le précisant;

m) Le mode, le lieu et le délai de présentation des offres, conformément à l'article 14 de la présente Loi;

n) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

o) La période de validité des offres, conformément à l'article 40 de la présente Loi;

p) Le mode, le lieu, la date et l'heure d'ouverture des offres, conformément à l'article 41 de la présente Loi;

q) Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché;

r) Les critères et la procédure d'évaluation des offres, conformément à l'article 11 de la présente Loi;

s) La monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des offres en application de l'article 42-5 de la présente Loi et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion des offres dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

t) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

u) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

v) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former un recours ou un appel contre les décisions

ou mesures prises par l'entité adjudicatrice dont ils estiment qu'elles ne respectent pas les dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

w) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée l'offre à retenir, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article 21 de la présente Loi et l'approbation par une autre autorité, ainsi qu'une estimation du temps qu'il faudra, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

x) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des offres et d'autres aspects de la procédure de passation du marché.

SECTION II. PRÉSENTATION DES OFFRES

Article 39. Présentation des offres

1. Les offres sont présentées selon le mode, au lieu et dans le délai spécifiés dans le dossier de sollicitation.

2. a) Les offres sont présentées par écrit et signées, et:

i) Si elles sont sur papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) Si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice dans le dossier de sollicitation, qui assurent au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité, d'intégrité et de confidentialité;

b) L'entité adjudicatrice délivre aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue;

c) L'entité adjudicatrice préserve la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné que lorsqu'elles ont été ouvertes conformément à la présente Loi.

3. Une offre reçue par l'entité adjudicatrice après la date limite de présentation des offres n'est pas ouverte et est renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée.

Article 40. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. Les offres restent valables pendant la période spécifiée dans le dossier de sollicitation.

2. a) Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation

jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission;

b) Les fournisseurs ou entrepreneurs qui acceptent de proroger la période de validité de leur offre prorogent ou font proroger la période de validité de leur garantie de soumission ou fournissent une nouvelle garantie portant sur la période supplémentaire de validité de leur offre. Tout fournisseur ou entrepreneur dont la garantie de soumission n'est pas prorogée ou qui n'a pas fourni de nouvelle garantie de soumission est réputé avoir refusé la prorogation de la période de validité de son offre.

3. Sauf stipulation contraire du dossier de sollicitation, tout fournisseur ou entrepreneur peut modifier ou retirer son offre avant la date limite de présentation des offres sans perdre sa garantie de soumission. La modification ou l'avis de retrait prennent effet si l'entité adjudicatrice les reçoit avant la date limite de présentation des offres.

SECTION III. ÉVALUATION DES OFFRES

Article 41. Ouverture des offres

1. Les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres. Elles sont ouvertes au lieu et selon le mode et les procédures spécifiés dans le dossier de sollicitation.

2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister à l'ouverture des offres ou à s'y faire représenter. Ils sont réputés avoir été autorisés à assister à l'ouverture des offres si la possibilité leur a été donnée d'être informés pleinement et en direct de l'ouverture des offres.

3. Le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumis, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres, communiqués sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une offre mais n'étaient ni présents ni représentés à l'ouverture des offres, et inscrits immédiatement au procès-verbal de la procédure de passation visé à l'article 24.

Article 42. Examen et évaluation des offres

1. a) L'entité adjudicatrice peut prier un fournisseur ou entrepreneur de donner des éclaircissements sur son offre afin d'en faciliter l'examen et l'évaluation;

b) L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a présenté l'offre;

c) Aucune modification de fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;

2. a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice considère qu'une offre est conforme si elle satisfait à toutes les conditions énoncées dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 10 de la présente Loi;

b) L'entité adjudicatrice peut considérer qu'une offre est conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation ou si elle comporte des erreurs ou omissions qui peuvent être corrigés sans modifier l'offre quant au fond. Ces écarts sont quantifiés, dans la mesure du possible, et dûment pris en compte lors de l'évaluation des offres.

3. L'entité adjudicatrice rejette une offre:

a) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'a pas les qualifications requises;

b) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a présentée n'accepte pas qu'une erreur arithmétique soit corrigée en application du paragraphe 1 b) du présent article;

c) Si l'offre n'est pas conforme;

d) Dans les circonstances visées à l'article 19 ou 20 de la présente Loi.

4. a) L'entité adjudicatrice évalue les offres qui n'ont pas été rejetées afin de déterminer l'offre à retenir, telle qu'elle est définie à l'alinéa b) du présent paragraphe, conformément aux critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation. Aucun critère ou aucune procédure ne figurant pas dans le dossier de sollicitation ne peut être utilisé;

b) L'offre à retenir est:

i) Lorsque le prix est le seul critère d'attribution, l'offre au prix le plus bas; ou

ii) Lorsque l'attribution se fait en fonction du prix et d'autres critères, l'offre jugée la plus avantageuse sur la base des critères et procédures d'évaluation des offres spécifiés dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 11 de la présente Loi.

5. Lorsque les prix soumis sont exprimés dans deux monnaies ou plus, aux fins de l'évaluation et de la comparaison des offres ils sont, pour toutes les offres, convertis dans la monnaie indiquée dans le dossier de sollicitation, au taux indiqué dans ce dernier en application de l'article 38 s) de la présente Loi.

6. Qu'elle ait ou non ouvert une procédure de préqualification en application de l'article 17 de la présente Loi, l'entité adjudicatrice peut prier le fournisseur ou entrepreneur ayant présenté l'offre qu'elle considère comme l'offre à retenir conformément au paragraphe 4 b) du présent article, de confirmer ses qualifications selon des critères et procédures visées aux dispositions de l'article 9 de la présente Loi. Les critères et procédures à appliquer pour cette confirmation sont énoncés dans le dossier de sollicitation. Si une procédure de préqualification a été ouverte, les critères sont les mêmes que ceux qui ont été utilisés dans cette procédure.

7. Si le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir est prié de confirmer ses qualifications conformément au paragraphe 6 du présent article mais

ne donne pas suite à cette demande, l'entité adjudicatrice rejette cette offre et retient la suivante des offres restant valables, conformément au paragraphe 4 du présent article, étant entendu qu'elle se réserve le droit d'abandonner la passation de marché conformément à l'article 18-1 de la présente Loi.

Article 43. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur au sujet d'une offre qu'il a présentée.

A/CN.9/729/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre IV (Procédures concernant l'appel d'offres restreint, la demande de prix et la demande de propositions sans négociation) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 44 à 46.

CHAPITRE IV. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES RESTREINT, LA DEMANDE DE PRIX ET LA DEMANDE DE PROPOSITIONS SANS NÉGOCIATION

Article 44. Appel d'offres restreint

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres conformément aux dispositions des paragraphes 1 et 5 de l'article 33 de la présente Loi.

2. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi, à l'exception des articles 35 à 37, s'appliquent à la procédure d'appel d'offres restreint.

Article 45. Demande de prix

1. L'entité adjudicatrice demande des prix conformément aux dispositions de l'article 33-2 de la présente Loi. Chaque fournisseur ou entrepreneur auquel est adressée une demande de prix est avisé lorsque des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables, doivent être inclus dans le prix.

2. Chaque fournisseur ou entrepreneur est autorisé à donner un seul prix, qu'il n'est pas autorisé à modifier. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur au sujet d'un prix donné par celui-ci.

3. Le prix à retenir est le prix proposé le plus bas répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice, tels que mentionnés dans la demande de prix.

Article 46. Demande de propositions sans négociation

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions sans négociation conformément à l'article 34-1 de la présente Loi, à moins que ne s'applique une exception prévue dans cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information que les fournisseurs ou entrepreneurs doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

e) Les critères et procédures d'ouverture, d'examen et d'évaluation des propositions, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi, y compris les exigences minimales concernant les caractéristiques techniques et qualitatives auxquelles elles doivent satisfaire pour être jugées conformes au sens de l'article 10 de la présente Loi, et une mention indiquant que les propositions ne répondant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

f) Une déclaration faite conformément à l'article 8 de la présente Loi;

g) Les modalités et le lieu d'obtention de la demande de propositions;

h) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions;

i) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement;

j) La ou les langues dans lesquelles les demandes de propositions sont disponibles;

k) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à une procédure de demande de propositions sans négociation a été publiée conformément aux dispositions de l'article 34-1 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 17 de la présente Loi;

c) En cas de sollicitation directe en vertu de l'article 34-2, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné par l'entité adjudicatrice;

et qui acquitte le prix demandé, le cas échéant, pour la demande de propositions. Ce prix ne dépassera pas le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs.

4. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à e) et k) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions, priant notamment les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter simultanément à l'entité adjudicatrice des propositions dans deux enveloppes: l'une contenant les

caractéristiques techniques et qualitatives de la proposition et l'autre les aspects financiers;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions, et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs;

f) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation du marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

g) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

h) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice dont ils estiment qu'elles ne respectent pas les dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

i) Les formalités qui devront être accomplies, une fois acceptée l'offre à retenir, pour que le marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit, et l'approbation par une autre autorité, ainsi qu'une estimation du temps qu'il faudra compter, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

j) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation de marché.

5. Avant d'ouvrir les enveloppes contenant les aspects financiers des propositions, l'entité adjudicatrice en examine et évalue les caractéristiques techniques et qualitatives conformément aux critères et procédures spécifiés dans la demande de propositions.

6. Les résultats de l'examen et de l'évaluation des caractéristiques techniques et qualitatives des propositions sont immédiatement consignés au procès-verbal de la procédure de passation de marché.

7. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives ne répondent pas aux exigences minimales sont considérées comme non conformes et rejetées pour ce motif. L'avis motivé de rejet, accompagné de l'enveloppe non ouverte contenant les aspects financiers de la proposition, est promptement envoyé à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

8. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière. Elle invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers de leur proposition.

9. Il est donné lecture de la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de chaque proposition conforme et des aspects financiers correspondants en la présence des fournisseurs ou entrepreneurs invités, conformément au paragraphe 8 du présent article, à l'ouverture des enveloppes contenant les aspects financiers des propositions.

10. L'entité adjudicatrice compare les aspects financiers des propositions conformes et, sur cette base, identifie la proposition à retenir conformément aux critères et à la procédure énoncés dans la demande de propositions. La proposition à retenir est la proposition recueillant la meilleure évaluation compte tenu à la fois des critères autres que le prix, spécifiés dans la demande de propositions, et du prix.

A/CN.9/729/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre V (Procédures concernant l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 47 à 51.

CHAPITRE V. PROCÉDURES CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES EN DEUX ÉTAPES, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC DIALOGUE, LA DEMANDE DE PROPOSITIONS AVEC NÉGOCIATIONS CONSÉCUTIVES, LES NÉGOCIATIONS AVEC APPEL À LA CONCURRENCE ET LA SOLLICITATION D'UNE SOURCE UNIQUE

Article 47. Appel d'offres en deux étapes

1. Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Dans le dossier de sollicitation, les fournisseurs ou entrepreneurs sont priés de présenter, durant la première étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, une offre initiale contenant leurs propositions sans indication de prix. Le dossier de sollicitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres de l'objet du marché que les conditions contractuelles de sa fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs ou entrepreneurs.

3. L'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée en application des dispositions de la présente Loi, des discussions au sujet de tout aspect de leur offre. Lorsqu'elle engage des discussions avec un fournisseur ou entrepreneur, elle offre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs des chances égales de participer aux discussions.

4. a) Durant la deuxième étape, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'a pas été rejetée durant la première étape à présenter une offre définitive, accompagnée d'un prix, sur la base des conditions révisées de la passation de marché;

b) Lorsqu'elle révise les conditions applicables à la passation de marché, elle peut:

i) Supprimer ou modifier tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché énoncées initialement, et ajouter toute nouvelle caractéristique qui soit conforme aux exigences de la présente Loi;

ii) Supprimer ou modifier tout critère d'examen ou d'évaluation des offres énoncé initialement et ajouter tout nouveau critère qui soit conforme aux exigences de la présente Loi, dans la mesure uniquement où cette suppression ou modification est rendue nécessaire par la modification des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché;

c) Les suppressions, modifications ou ajouts effectués en application de l'alinéa b) du présent paragraphe sont portés à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dans l'invitation à présenter une offre définitive;

d) Le fournisseur ou l'entrepreneur qui ne souhaite pas présenter une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres sans perdre la garantie de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir;

e) Les offres définitives sont évaluées en vue de déterminer l'offre à retenir telle que celle-ci est définie à l'article 42-4 b) de la présente Loi.

Article 48. Demande de propositions avec dialogue

1. L'entité adjudicatrice sollicite des propositions en faisant publier une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue conformément à l'article 34-1 de la présente Loi, à moins que ne s'applique une exception prévue dans cet article.

2. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Pour autant qu'elle soit connue, une description de l'objet du marché, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) Les étapes prévues de la procédure;

e) Les critères et procédures à appliquer pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

f) Les exigences minimales auxquelles les propositions doivent satisfaire pour être jugées conformes selon l'article 10 de la présente Loi et une mention indiquant que les propositions ne satisfaisant pas à ces exigences seront rejetées comme étant non conformes;

g) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

h) Les modalités et le lieu d'obtention de la demande de propositions;

i) Le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions;

j) Si un prix est demandé pour la demande de propositions, les modalités et la monnaie de paiement;

k) La ou les langues dans lesquelles la demande de propositions est disponible;

l) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des propositions.

3. Pour limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs auxquels elle demandera des propositions, l'entité adjudicatrice peut engager une procédure de présélection. Les dispositions de l'article 17 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à cette procédure, sauf dans la mesure où le présent paragraphe y déroge:

a) L'entité adjudicatrice précise dans le dossier de présélection qu'elle ne demandera des propositions qu'à un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés qui répondent le mieux aux critères de qualification spécifiés dans ce dossier;

b) Le dossier de présélection indique le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs présélectionnés auxquels des propositions seront demandées et la manière dont ils seront sélectionnés. Pour déterminer ce nombre, l'entité adjudicatrice tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence effective;

c) L'entité adjudicatrice note les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères spécifiés dans le dossier de présélection en appliquant le mode de notation qui est prévu dans l'invitation à participer à la présélection et le dossier de présélection;

d) L'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu la meilleure note; elle n'en retient pas plus que le nombre maximum indiqué dans le dossier de présélection, et pas moins de trois si possible;

e) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur s'il a ou non été présélectionné et communique aux fournisseurs ou entrepreneurs non présélectionnés qui le demandent les raisons de leur non-présélection. Elle communique à tout membre du public qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

4. L'entité adjudicatrice adresse la demande de propositions:

a) Lorsqu'une invitation à participer à la procédure de demande de propositions avec dialogue a été publiée conformément aux dispositions de l'article 34-1 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur qui répond à l'invitation conformément aux procédures et conditions qui y sont spécifiées;

b) En cas de préqualification, à chaque fournisseur ou entrepreneur préqualifié conformément à l'article 17 de la présente Loi;

c) Lorsqu'une procédure de présélection a été engagée, à chaque fournisseur ou entrepreneur présélectionné conformément aux procédures et conditions spécifiées dans le dossier de présélection;

d) En cas de sollicitation directe conformément à l'article 34-2 de la présente Loi, à chaque fournisseur ou entrepreneur sélectionné;

et qui acquitte le prix demandé, le cas échéant, par l'entité adjudicatrice pour la demande de propositions. Ce prix ne dépassera pas le coût de la distribution de la demande aux fournisseurs ou entrepreneurs.

5. Outre les renseignements mentionnés au paragraphe 2 a) à f) et l) du présent article, la demande de propositions comporte les renseignements suivants:

a) Des instructions pour l'établissement et la présentation des propositions;

b) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des propositions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des propositions peuvent être présentées;

c) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, et la monnaie qui sera utilisée pour l'évaluation des propositions, et soit le taux de change qui sera appliqué pour la conversion du prix des propositions dans cette monnaie, soit une mention précisant que sera appliqué le taux publié par un établissement financier donné en vigueur à une date donnée;

d) La manière dont le prix des propositions doit être formulé ou exprimé, y compris une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que le remboursement de frais de transport, d'hébergement, d'assurance ou d'utilisation de matériel, ou le remboursement de droits ou de taxes;

e) Les modalités selon lesquelles, en application de l'article 15 de la présente Loi, les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur la demande de propositions et une mention indiquant si l'entité adjudicatrice a l'intention, à ce stade, d'organiser une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs;

f) Tout élément de la description de l'objet du marché ou toute condition du marché qui ne fera pas l'objet d'un dialogue pendant la procédure;

g) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qu'elle invitera à participer au dialogue, le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs, qui ne doit pas être inférieur à trois si possible, et, le cas échéant, leur nombre maximum ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés conformément aux dispositions de la présente Loi pour les sélectionner;

h) Les critères et la procédure d'évaluation des propositions conformément à l'article 11 de la présente Loi;

i) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et à d'autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et l'endroit où ces lois et règlements peuvent être consultés;

j) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation de marché, sans l'intervention d'un intermédiaire;

k) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice dont ils estiment qu'elles ne respectent pas les dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

l) Les formalités qui devront être accomplies, une fois la proposition acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit et l'approbation par une autre autorité, ainsi qu'une estimation du temps qu'il faudra, à compter de l'expédition de l'avis d'acceptation, pour obtenir cette approbation;

m) Toutes autres règles qui peuvent être arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des propositions et la procédure de passation de marché.

6. a) L'entité adjudicatrice examine toutes les propositions reçues sur la base des exigences minimales établies et rejette chaque proposition qui n'y répond pas comme étant non conforme;

b) Lorsque le nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être invités à participer au dialogue a été déterminé et que le nombre de propositions conformes est supérieur à celui-ci, l'entité adjudicatrice sélectionne le nombre maximum de propositions conformes selon les critères et la procédure spécifiés dans la demande de propositions;

c) Un avis motivé de rejet est promptement expédié à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition a été rejetée.

7. L'entité adjudicatrice invite à participer au dialogue chaque fournisseur ou entrepreneur qui a présenté une proposition conforme, dans la limite du nombre maximum applicable. Elle veille à ce que le nombre de fournisseurs invités soit suffisant pour assurer une concurrence effective, et soit au moins de trois si possible.

8. Le dialogue est mené par les mêmes représentants de l'entité adjudicatrice de façon concomitante.

9. Pendant le déroulement du dialogue, l'entité adjudicatrice ne peut modifier, alors qu'ils sont spécifiés dans la demande de propositions, ni l'objet du marché, ni les critères de qualification ou d'évaluation, ni les exigences minimales établies conformément au paragraphe 2 f) du présent article, ni même les éléments de la description de l'objet du marché ou les conditions du marché qui sont exclus du dialogue.

10. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information découlant du dialogue qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur sont également communiqués, en même temps, à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs participants, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions de l'article 23 de la présente Loi relatives à la confidentialité.

11. À l'issue du dialogue, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions. La demande est écrite et précise le mode, le lieu et la date limite de présentation des meilleures offres définitives.

12. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive.

13. L'offre à retenir est celle qui, sur la base des critères et de la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions, répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 49. Demande de propositions avec négociations consécutives

1. Les dispositions de l'article 46-1 à 7 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure de demande de propositions avec négociations consécutives, sauf dans la mesure où le présent article y déroge.

2. Les propositions dont les caractéristiques techniques et qualitatives répondent aux exigences minimales applicables ou les dépassent sont considérées comme conformes. L'entité adjudicatrice classe chaque proposition conforme selon les critères et la procédure d'évaluation des propositions énoncés dans la demande de propositions puis:

a) Communique promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur dont la proposition est conforme la note attribuée aux caractéristiques techniques et qualitatives de cette dernière et son classement;

b) Invite le fournisseur ou l'entrepreneur le mieux classé suivant ces critères et cette procédure à des négociations sur les aspects financiers de sa proposition; et

c) Informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des propositions conformes qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs mieux classés n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché.

3. Si l'entité adjudicatrice constate que les négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur invité en application du paragraphe 2 b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution d'un marché, elle l'informe qu'elle met fin aux négociations.

4. L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou l'entrepreneur qui a obtenu la deuxième place; si les négociations avec celui-ci n'aboutissent pas à l'attribution d'un marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition dans l'ordre de leur classement jusqu'à ce qu'un marché soit attribué ou que toutes les propositions restantes aient été rejetées.

5. Pendant le déroulement des négociations, l'entité adjudicatrice ne peut modifier, alors qu'ils sont spécifiés dans la demande de propositions, ni l'objet du marché, ni les critères de qualification, d'examen ou d'évaluation, ni les exigences

minimales établies, ni même les éléments de la description de l'objet du marché ou les conditions du marché, à l'exception des aspects financiers des propositions sur lesquels portent les négociations.

6. L'entité adjudicatrice ne peut rouvrir des négociations avec un fournisseur ou entrepreneur une fois qu'elle y a mis fin.

Article 50. Négociations avec appel à la concurrence

1. Les paragraphes 3, 5 et 6 de l'article 33 de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant les négociations.

2. Les conditions, directives, documents, éclaircissements ou autres éléments d'information relatifs aux négociations qui sont communiqués par l'entité adjudicatrice à un fournisseur ou entrepreneur avant ou pendant les négociations sont communiqués également à tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs ayant engagé des négociations sur la passation de marché avec l'entité adjudicatrice, à moins qu'ils ne concernent spécialement ou exclusivement ce fournisseur ou cet entrepreneur ou qu'une telle communication ne viole les dispositions de l'article 23 de la présente Loi relatives à la confidentialité.

3. À l'issue des négociations, l'entité adjudicatrice demande à tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui restent en compétition de présenter, avant une date donnée, leur meilleure offre définitive concernant tous les aspects de leurs propositions.

4. Aucune négociation n'a lieu entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leur meilleure offre définitive.

5. L'offre à retenir est celle qui répond le mieux aux besoins de l'entité adjudicatrice.

Article 51. Sollicitation d'une source unique

Les paragraphes 4 à 6 de l'article 33 de la présente Loi s'appliquent à la procédure précédant la sollicitation d'une proposition ou d'un prix d'un fournisseur ou entrepreneur unique. L'entité adjudicatrice engage des négociations avec le fournisseur ou l'entrepreneur duquel une proposition ou un prix est sollicité, à moins que de telles négociations ne soient pas possibles dans les circonstances de la passation en question.

A/CN.9/729/Add.6 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 52 à 56.

CHAPITRE VI. ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES INVERSÉES

Article 52. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère électronique inversée

1. L'entité adjudicatrice sollicite des offres en faisant publier une invitation à participer à l'enchère électronique inversée conformément aux dispositions de l'article 32. L'invitation comporte les renseignements suivants:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice;

b) Une description de l'objet du marché, conformément à l'article 10 de la présente Loi, ainsi que le délai et le lieu souhaités ou requis pour la fourniture de l'objet en question;

c) Les conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice, et, le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties;

d) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

e) Les critères et procédures qui seront appliqués pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et les pièces ou autres éléments d'information qu'ils doivent produire pour justifier de leurs qualifications, conformément à l'article 9 de la présente Loi;

f) Les critères et la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché;

g) Les critères et la procédure d'évaluation des offres conformément à l'article 11 de la présente Loi, ainsi que toute formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère;

h) La manière dont le prix des offres doit être formulé et exprimé, ainsi qu'une mention indiquant s'il englobera des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

i) La ou les monnaies dans lesquelles le prix des offres doit être formulé et exprimé;

j) Le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu, nombre qui doit être suffisant pour assurer une concurrence effective;

(k) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère est limité en application du paragraphe 2 du présent article, le nombre maximum fixé, ainsi que les critères et la procédure qui seront appliqués conformément aux dispositions de la présente Loi pour les sélectionner[1];)

l) Les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour s'y connecter;

m) Les délais et les formalités d'inscription à l'enchère;

n) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

o) Les critères de clôture de l'enchère;

p) D'autres règles de conduite de l'enchère, notamment les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère, la langue dans laquelle elles seront disponibles et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir;

q) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ces lois et règlements peuvent être consultés;

r) Les modalités selon lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander des éclaircissements sur les informations concernant la procédure de passation de marché;

s) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou de plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère, sans l'intervention d'un intermédiaire;

t) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former une contestation ou un appel contre les décisions ou actes de l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente applicable et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

u) Les formalités qui devront être accomplies après l'enchère pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la vérification des qualifications ou de la conformité conformément à l'article 56 de la présente Loi et la signature d'un marché écrit en application de l'article 21 de la présente Loi;

---

[1] L'État adoptant peut envisager de supprimer ces dispositions, ainsi que celles du paragraphe 2 du présent article, s'il les juge inutiles compte tenu de sa situation actuelle.

v) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant la procédure de passation de marché.

(2. L'entité adjudicatrice ne peut limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs autorisés à s'inscrire à l'enchère électronique inversée que dans la mesure où des limites de capacité de son système de communication l'exigent. Elle indique, dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi, les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier cette limitation.)

3. L'entité adjudicatrice peut décider, au regard des circonstances de la passation concernée, de faire précéder l'enchère électronique inversée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales, auquel cas l'invitation à participer à l'enchère comporte, outre les informations énumérées au paragraphe 1 du présent article, les renseignements suivants:

a) Une invitation à présenter des offres initiales ainsi que les instructions pour établir ces dernières;

b) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres initiales.

4. Lorsque l'enchère électronique inversée a été précédée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales, l'entité adjudicatrice, immédiatement après avoir terminé cet examen ou cette évaluation:

a) Expédie un avis motivé de rejet à chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre initiale a été rejetée;

b) Adresse, à chaque fournisseur ou entrepreneur qualifié dont l'offre initiale est conforme, une invitation à l'enchère en lui fournissant toutes les informations nécessaires pour y participer;

c) Lorsqu'une évaluation des offres initiales a eu lieu, chaque invitation à l'enchère est également accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle est adressée.

Article 53. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dans laquelle une enchère électronique inversée précède l'attribution du marché

1. Si une enchère électronique inversée doit précéder l'attribution du marché dans une méthode de passation, selon qu'il convient, ou dans une procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, l'entité adjudicatrice informe les fournisseurs et entrepreneurs, lorsqu'elle sollicite pour la première fois leur participation à la procédure de passation de marché, qu'une enchère se tiendra et leur communique, outre les informations exigées par les dispositions de la présente Loi, les renseignements suivants sur l'enchère:

a) La formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation au cours de l'enchère;

b) Les modalités d'accès à l'enchère, ainsi que les informations nécessaires pour se connecter à celle-ci.

2. Avant que l'enchère électronique inversée n'ait lieu, l'entité adjudicatrice adresse à tous les fournisseurs ou entrepreneurs restant en compétition une invitation à participer à l'enchère qui précise:

a) Les délais et les formalités d'inscription à l'enchère;

b) La date et l'heure de l'ouverture de l'enchère et les formalités d'identification des enchérisseurs lors de l'ouverture de l'enchère;

c) Les critères de clôture de l'enchère;

d) D'autres règles de conduite de l'enchère, notamment les informations qui seront mises à la disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère et les conditions dans lesquelles ils pourront enchérir.

Article 54. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère

1. Confirmation de l'inscription à l'enchère électronique inversée est donnée promptement à chaque fournisseur ou entrepreneur inscrit.

2. Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère électronique inversée est insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère. Elle communique promptement sa décision d'abandonner l'enchère à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs inscrits.

3. Le délai entre l'envoi de l'invitation à l'enchère électronique inversée et l'enchère elle-même est suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à cette dernière, compte tenu des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice.

Article 55. Exigences pendant l'enchère électronique inversée

1. L'enchère électronique inversée porte:

a) Sur le prix, lorsque le marché doit être attribué à l'offre la plus basse; ou

b) Sur le prix et les autres critères communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 52 et 53 de la présente Loi, selon le cas, lorsque le marché doit être attribué à l'offre la plus avantageuse.

2. Au cours de l'enchère:

a) Tous les enchérisseurs se voient accorder de manière continue des chances égales de présenter leurs offres;

b) Toutes les offres font l'objet d'une évaluation automatique suivant les critères, la procédure et la formule communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 52 et 53 de la présente Loi, selon le cas;

c) Chaque enchérisseur doit recevoir, instantanément et de façon continue pendant l'enchère, des informations suffisantes pour pouvoir déterminer la position de son offre par rapport aux autres;

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs ou entre les enchérisseurs, sauf conformément aux alinéas a) et c) du présent paragraphe.

3. L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur pendant l'enchère.

4. L'enchère est close suivant les critères communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux articles 52 et 53 de la présente Loi, selon le cas.

5. L'entité adjudicatrice suspend l'enchère ou y met fin en cas de défaillance de son système de communication compromettant le bon déroulement de l'enchère ou pour d'autres raisons énoncées dans les règles de conduite de l'enchère. Elle ne révèle l'identité d'aucun enchérisseur lorsque l'enchère est suspendue ou qu'il y est mis fin.

Article 56. Exigences après l'enchère électronique inversée

1. L'offre à retenir est celle qui, à la clôture de l'enchère électronique inversée, est la plus basse ou la plus avantageuse, selon le cas.

2. Dans les passations de marché où l'enchère n'est pas précédée d'un examen ou d'une évaluation des offres initiales, l'entité adjudicatrice vérifie après celle-ci la conformité de l'offre à retenir et les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur qui l'a soumise. Elle rejette cette offre si elle la juge non conforme ou si elle juge que le fournisseur ou l'entrepreneur qui l'a soumise n'est pas qualifié. Sans préjudice de son droit d'abandonner la passation en application de l'article 18-1 de la présente Loi, elle retient l'offre suivante qui était la plus basse ou la plus avantageuse au moment de la clôture de l'enchère, sous réserve de s'assurer que cette offre est conforme et que le fournisseur l'ayant soumise est qualifié.

3. Lorsque l'offre à retenir à la clôture de l'enchère lui paraît anormalement basse et suscite des craintes quant à la capacité de l'enchérisseur concerné à exécuter le marché, l'entité adjudicatrice peut procéder de la manière décrite à l'article 19 de la présente Loi. Si elle rejette l'offre au motif qu'elle est anormalement basse en vertu de l'article 19, elle retient l'offre suivante qui, à la clôture de l'enchère, était la plus basse ou la plus avantageuse. La présente disposition n'empêche pas l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation comme l'y autorise l'article 18-1 de la présente Loi.

A/CN.9/729/Add.7 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 57 à 62.

CHAPITRE VII. PROCÉDURES D'ACCORDS-CADRES

Article 57. Attribution d'un accord-cadre fermé

1. L'entité adjudicatrice attribue un accord-cadre fermé:

a) En recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, conformément aux dispositions du chapitre III de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre déroge auxdites dispositions; ou

b) En recourant à d'autres méthodes de passation, conformément aux dispositions pertinentes des chapitres II, IV et V de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent chapitre déroge auxdites dispositions.

2. Les dispositions de la présente Loi qui régissent le contenu de la sollicitation dans les méthodes de passation mentionnées au paragraphe 1 du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* aux informations devant être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs lorsque leur participation à une procédure d'accord-cadre fermé est sollicitée pour la première fois. L'entité adjudicatrice précise également à ce stade:

a) Que la passation de marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre aboutissant à un accord-cadre fermé;

b) Si l'accord-cadre sera conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur ou plusieurs;

c) Dans le cas d'un accord-cadre conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, tout nombre minimum ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui y seront parties;

d) La forme et les conditions de l'accord-cadre conformément à l'article 58 de la présente Loi.

3. Les dispositions de l'article 21 de la présente Loi s'appliquent *mutatis mutandis* à l'attribution d'un accord-cadre fermé.

Article 58. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

1. Un accord-cadre fermé est conclu par écrit et comporte les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord, qui ne peut dépasser la durée maximale établie par les règlements en matière de passation des marchés;

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché établies au moment de la conclusion de l'accord;

c) Dans la mesure où elles sont connues, des estimations des conditions de la passation de marché qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au moment de la conclusion de l'accord;

d) Dans le cas d'un accord conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, une clause indiquant s'il comportera lors de la deuxième étape une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord, auquel cas l'accord stipule:

i) Les conditions qui doivent être établies ou précisées lors de cette mise en concurrence;

ii) Les modalités et la fréquence prévue de toute mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape;

iii) Les procédures et critères qui seront appliqués durant la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi. Si les coefficients de pondération des critères d'évaluation peuvent varier pendant cette mise en concurrence, l'accord-cadre spécifie la fourchette autorisée;

e) Si l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse.

2. Un accord-cadre fermé conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs prend la forme d'un accord unique entre toutes les parties, sauf si:

a) L'entité adjudicatrice estime qu'il est dans l'intérêt de l'une ou l'autre partie que des accords séparés soient conclus avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord; et

b) L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier la conclusion d'accords séparés; et

c) Les variations entre les conditions des différents accords pour une passation de marché donnée sont minimes et portent uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés.

3. L'accord-cadre contient, outre les renseignements spécifiés dans les autres dispositions du présent article, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement, notamment les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés

futurs qui seront passés au titre de l'accord, ainsi que les informations nécessaires pour la connexion s'il y a lieu.

Article 59. Établissement d'un accord-cadre ouvert

1. L'entité adjudicatrice établit et gère un accord-cadre ouvert en ligne.

2. L'entité adjudicatrice sollicite la participation à l'accord-cadre ouvert en faisant publier une invitation à devenir partie à l'accord conformément à l'article 32 de la présente Loi.

3. L'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert contient les informations suivantes:

a) Le nom et l'adresse de l'entité adjudicatrice qui établit et gère l'accord-cadre ouvert et ceux de toutes autres entités adjudicatrices qui auront le droit d'attribuer des marchés sur le fondement de l'accord-cadre;

b) Une mention indiquant que la passation du marché prendra la forme d'une procédure d'accord-cadre qui aboutira à un accord-cadre ouvert;

c) Une mention indiquant que c'est un accord-cadre ouvert qui sera conclu;

d) La ou les langues de l'accord-cadre ouvert et toutes les informations sur son fonctionnement, notamment les modalités d'accès à l'accord et aux avis de marchés qui seront passés au titre de celui-ci, ainsi que les informations nécessaires pour la connexion;

e) Les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre ouvert, notamment:

i) La déclaration visée à l'article 8 de la présente Loi;

(ii) Si une limite au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ouvert est imposée conformément au paragraphe 7 du présent article, le maximum défini ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés pour le sélectionner, conformément à la présente Loi[1];)

iii) Des instructions pour l'établissement et la présentation des soumissions indicatives nécessaires pour devenir partie à l'accord-cadre ouvert, y compris la ou les monnaies et la ou les langues à utiliser, ainsi que les critères et procédures qui seront utilisés pour vérifier les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et toute pièce ou autre information que les fournisseurs ou entrepreneurs devront produire pour justifier de leurs qualifications conformément à l'article 9 de la présente Loi;

iv) Une mention indiquant expressément que des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée d'application de celui-ci en présentant des soumissions indicatives, sous réserve d'un nombre maximum de fournisseurs,

---

[1] L'État adoptant peut envisager d'omettre ces dispositions ainsi que celles du paragraphe 7 du présent article s'il les juge inutiles dans sa situation.

le cas échéant, et de toute déclaration faite conformément à l'article 8 de la présente Loi;

f) Les autres conditions de l'accord-cadre ouvert, y compris toutes les informations devant y figurer conformément à l'article 60 de la présente Loi;

g) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ces lois et règlements peuvent être consultés;

h) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications concernant la procédure de passation du marché, sans l'intervention d'un intermédiaire.

4. Des fournisseurs et entrepreneurs peuvent demander à devenir parties à l'accord-cadre à tout moment pendant la durée d'application de celui-ci en présentant des soumissions indicatives à l'entité adjudicatrice conformément aux conditions énoncées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

5. L'entité adjudicatrice examine toutes les soumissions indicatives reçues pendant la durée d'application de l'accord-cadre dans un délai maximal de ... jours ouvrables (l'État adoptant fixe le délai maximal) conformément aux procédures prévues dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

6. L'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés qui ont présenté une soumission sauf si leur soumission a été rejetée pour les motifs spécifiés dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre.

(7. L'entité adjudicatrice ne peut limiter le nombre de parties à l'accord-cadre ouvert que dans la mesure où les limites de capacité de son système de communication l'exigent. Elle indique dans le procès-verbal visé à l'article 24 de la présente Loi les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier cette limitation[1].)

8. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils sont devenus parties à l'accord-cadre et, dans le cas où ils ne sont pas devenus parties, pour quels motifs leurs soumissions indicatives ont été rejetées.

Article 60. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

1. Un accord-cadre ouvert prévoit, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution d'un marché sur le fondement de l'accord et contient les mentions suivantes:

a) La durée de l'accord;

b) La description de l'objet du marché et toutes les autres conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord-cadre ouvert;

c) Les conditions qui peuvent être précisées à l'occasion de la mise en concurrence de la deuxième étape;

d) Les modalités et la fréquence prévue de la mise en concurrence de la deuxième étape;

e) Une clause indiquant si l'attribution de marchés sur le fondement de l'accord-cadre se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse;

f) Les procédures et critères qui seront appliqués dans le cadre de la mise en concurrence de la deuxième étape, y compris le coefficient de pondération des critères d'évaluation et la manière dont ils seront appliqués, conformément aux articles 10 et 11 de la présente Loi. Si les coefficients de pondération des critères d'évaluation peuvent varier pendant cette mise en concurrence, l'accord spécifie la fourchette autorisée.

2. Pendant toute la durée d'application de l'accord-cadre ouvert, l'entité adjudicatrice republie au moins une fois par an l'invitation à devenir partie à l'accord et garantit en outre l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord et à toute autre information nécessaire concernant son application.

Article 61. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

1. L'attribution d'un marché sur le fondement d'un accord-cadre se fait conformément aux conditions de l'accord et aux dispositions du présent article.

2. Un marché ne peut être attribué sur le fondement d'un accord-cadre qu'à un fournisseur ou entrepreneur qui y est partie.

3. Les dispositions de l'article 21 de la présente Loi, à l'exception de son paragraphe 2, s'appliquent à l'acceptation de la soumission retenue dans les accords-cadres qui ne comportent pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape.

4. Dans un accord-cadre fermé comportant une mise en concurrence lors de la deuxième étape et dans un accord-cadre ouvert, les procédures suivantes s'appliquent à l'attribution d'un marché:

a) L'entité adjudicatrice adresse une invitation écrite à présenter des soumissions simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre, ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché;

b) L'invitation à présenter des soumissions contient les informations suivantes:

i) Un rappel des conditions existantes de l'accord-cadre qui figureront dans le marché prévu, les conditions qui feront l'objet de la mise en concurrence

lors de la deuxième étape et de plus amples informations sur ces conditions si nécessaire;

ii) Un rappel des procédures et des critères d'attribution du marché prévu (y compris leurs coefficients de pondération et la manière dont ils seront appliqués);

iii) Des instructions pour l'établissement des soumissions;

iv) Le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions;

v) Si les fournisseurs ou entrepreneurs sont autorisés à présenter des soumissions ne portant que sur une partie de l'objet du marché, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des soumissions peuvent être présentées;

vi) La manière dont le prix des soumissions doit être formulé et exprimé, y compris une mention indiquant si le prix doit couvrir des éléments autres que le coût de l'objet du marché, tels que tous frais de transport et d'assurance, droits de douane et taxes applicables;

vii) Des références à la présente Loi, aux règlements en matière de passation des marchés et aux autres lois et règlements intéressant directement la procédure de passation de marché, y compris ceux applicables à la passation de marchés mettant en jeu des informations classifiées, et le lieu où ils peuvent être consultés.

viii) Le nom, le titre fonctionnel et l'adresse d'un ou plusieurs administrateurs ou employés de l'entité adjudicatrice autorisés à communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs et à recevoir directement d'eux des communications au sujet de la mise en concurrence de la deuxième étape, sans l'intervention d'un intermédiaire;

ix) Une mention indiquant que l'article 63 de la présente Loi autorise les fournisseurs ou entrepreneurs à former une contestation ou un appel contre les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice qu'ils estiment non conformes aux dispositions de la présente Loi, ainsi que des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application;

x) Les formalités qui devront être accomplies, une fois qu'une soumission retenue a été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur, y compris, le cas échéant, la signature d'un marché écrit en application de l'article 21 de la présente Loi;

xi) Toutes autres règles arrêtées par l'entité adjudicatrice, conformément à la présente Loi et aux règlements en matière de passation des marchés, concernant l'établissement et la présentation des soumissions et d'autres aspects de la mise en concurrence de la deuxième étape;

c) L'entité adjudicatrice évalue toutes les soumissions reçues et décide quelle est la soumission à retenir conformément aux critères d'évaluation et aux procédures prévus dans l'invitation à présenter des soumissions;

d) L'entité adjudicatrice accepte la soumission retenue, conformément à l'article 21 de la présente Loi.

Article 62. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'application d'un accord-cadre

Pendant la durée d'application de l'accord-cadre, aucune modification de la description de l'objet du marché n'est permise. D'autres conditions du marché, y compris les critères (ainsi que leur coefficient de pondération et leurs modalités d'application) et les procédures d'attribution du marché prévu, peuvent être modifiées uniquement dans la mesure expressément autorisée par l'accord-cadre.

A/CN.9/729/Add.8 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type

ADDITIF

La présente note contient une proposition concernant le chapitre VIII (Contestations et appels) de la Loi type révisée, qui comprend les articles 63 à 69.

CHAPITRE VIII. CONTESTATIONS ET APPELS

Article 63. Droit de contestation et d'appel

1. Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison d'une décision ou d'un acte de l'entité adjudicatrice qu'il estime non conforme aux dispositions de la présente Loi peut contester cette décision ou cet acte en introduisant une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 65 de la présente Loi, une demande en révision auprès du [nom de l'instance indépendante] en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou une demande auprès du [nom du ou des tribunaux].

2. Un fournisseur ou entrepreneur peut faire appel de toute décision rendue dans une procédure de contestation visée à l'article 65 ou 66 de la présente Loi.

Article 64. Effet d'une demande de réexamen, d'une demande en révision ou d'un appel

1. L'entité adjudicatrice ne peut conclure de marché ni d'accord-cadre dans la procédure de passation de marché concernée:

a) Lorsqu'elle est saisie d'une demande de réexamen dans les délais fixés à l'article 65-2; ou

b) Lorsqu'une demande en révision ou un appel lui est notifié par le [nom de l'instance indépendante] ou par le [nom du ou des tribunaux].

2. L'interdiction visée au paragraphe 1 prend fin à l'expiration d'un délai de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision de l'entité adjudicatrice, du [nom de l'instance indépendante] ou du [nom du ou des tribunaux] sur la contestation ou l'appel en question a été communiquée au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à l'entité adjudicatrice le cas échéant et à tous les autres participants à la procédure de contestation ou d'appel.

3. a) L'entité adjudicatrice peut à tout moment demander au [nom de l'instance indépendante] ou au [nom du ou des tribunaux] de l'autoriser à conclure le marché ou l'accord-cadre au motif que des considérations urgentes d'intérêt général le justifient.

b) Le [nom de l'instance indépendante], après avoir examiné cette demande (ou de sa propre initiative)[6], peut autoriser l'entité adjudicatrice à conclure le marché ou l'accord-cadre s'il estime que des considérations urgentes d'intérêt général le justifient. Sa décision motivée est versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiquée promptement à l'entité adjudicatrice, au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à tous les autres participants à la procédure de contestation ou d'appel et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

Article 65. Demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de réexaminer une décision ou un acte qu'elle a pris dans la procédure de passation de marché.

2. Les demandes de réexamen sont présentées par écrit à l'entité adjudicatrice dans les délais suivants:

a) Avant la date limite de présentation des soumissions, s'agissant des demandes de réexamen des conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection ou des demandes de réexamen des décisions ou actes pris par l'entité lors de la procédure de préqualification ou de présélection;

b) Avant la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article 21-2 de la présente Loi ou, si aucun délai d'attente ne s'applique, avant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre, s'agissant des demandes de réexamen des autres décisions ou actes pris par l'entité dans la procédure de passation de marché.

3. Dès qu'elle est saisie d'une demande, l'entité adjudicatrice publie un avis concernant celle-ci et dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de sa saisine pour:

a) Décider si elle doit examiner ou rejeter cette demande et, en cas d'examen, si la procédure de passation de marché doit être suspendue. Elle peut rejeter la demande si elle estime que celle-ci est manifestement dénuée de fondement ou n'a pas été présentée dans les délais fixés au paragraphe 2 du présent article, ou si le demandeur n'a pas qualité pour agir. Ce rejet vaut décision concernant la demande.

b) Notifier l'introduction de la demande et son contenu à tous les participants à la procédure de passation de marché visés par la demande;

c) Notifier sa décision d'examiner ou de rejeter la demande au demandeur et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché:

i) En cas d'examen de la demande, elle indique en outre si la procédure de passation est suspendue et pour quelle durée;

---

[6] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les dispositions entre parenthèses s'il n'est pas dans sa tradition juridique d'autoriser l'instance indépendante à agir de sa propre initiative.

ii) En cas de rejet de la demande ou de non-suspension de la procédure de passation de marché, elle indique en outre au demandeur les raisons de sa décision.

4. Si l'entité adjudicatrice ne notifie pas sa décision au demandeur comme l'exigent les paragraphes 3 c) et 8 du présent article dans le délai spécifié au paragraphe 3 ci-dessus, ou si le demandeur n'est pas satisfait de la décision qui lui a été notifiée, celui-ci peut immédiatement engager une procédure devant le [nom de l'instance indépendante] en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou le [nom du ou des tribunaux]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

5. En se prononçant sur une demande qu'elle a examinée, l'entité adjudicatrice peut rétracter, corriger, modifier ou maintenir la décision ou l'acte contesté qu'elle avait pris dans la procédure de passation de marché.

6. L'entité adjudicatrice rend la décision visée au paragraphe 5 du présent article dans les ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) qui suivent sa saisine, puis communique immédiatement sa décision au demandeur, à tous les autres participants à la procédure de contestation et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

7. Si l'entité adjudicatrice ne communique pas sa décision au demandeur comme l'exigent les paragraphes 6 et 8 du présent article, ce dernier peut immédiatement engager une procédure devant le [nom de l'instance indépendante] en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou le [nom du ou des tribunaux]. Une fois cette procédure engagée, l'entité adjudicatrice n'est plus compétente pour connaître de la demande.

8. Toutes les décisions que l'entité adjudicatrice rend en application du présent article sont écrites, indiquent les mesures prises et les raisons qui les motivent, et sont promptement versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché avec la demande formée en vertu du présent article.

Article 66. Demande en révision ou appel auprès d'une instance indépendante[7]

1. Tout fournisseur ou entrepreneur peut présenter au [nom de l'instance indépendante] une demande en révision lorsqu'il conteste une décision ou un acte pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché, ou lorsque cette dernière n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 65 de la présente Loi dans les délais fixés par ce même article. Il peut aussi faire appel, devant cette instance, d'une décision rendue par l'entité adjudicatrice en application de l'article 65 de la présente Loi.

---

[7] Les États dont le système juridique ne prévoit pas de recours administratif contre les actes, décisions et procédures administratifs pourront omettre le présent article et ne prévoir qu'un recours judiciaire (art. 69). L'État adoptant devrait prévoir un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

2. Les demandes en révision et les appels sont présentés au [nom de l'instance indépendante] par écrit dans les délais suivants:

a) S'agissant des demandes en révision des conditions de sollicitation, de préqualification ou de présélection ou des demandes en révision des décisions ou actes que l'entité adjudicatrice a pris lors de la procédure de préqualification ou de présélection, avant la date limite de présentation des soumissions;

b) S'agissant des demandes en révision des autres décisions ou actes que l'entité a pris dans la procédure de passation de marché:

i) Avant la fin du délai d'attente appliqué conformément à l'article 21-2 de la présente Loi; ou

ii) Lorsque aucun délai d'attente ne s'applique, dans les … jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) à compter soit du moment où le demandeur a eu connaissance des circonstances qui motivent sa demande soit du moment où il aurait dû en avoir connaissance si celui-ci est antérieur mais, en tout état de cause, dans un délai maximum de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre (ou une décision d'abandonner la passation de marché)[8];

c) Nonobstant l'alinéa b) i) du présent paragraphe, un fournisseur ou entrepreneur peut demander au [nom de l'instance indépendante] d'examiner une demande en révision formée après la fin du délai d'attente, pour autant qu'elle ait été soumise dans le délai maximum de ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre (ou une décision d'abandonner la passation de marché)[8], au motif que cette demande soulève d'importantes considérations d'intérêt général. Le [nom de l'instance indépendante] peut examiner la demande s'il estime que des considérations importantes d'intérêt général le justifient. Sa décision motivée est communiquée promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné;

d) Les appels contre les décisions rendues par l'entité adjudicatrice en application de l'article 65 de la présente Loi, ou les demandes en révision motivées par le fait que l'entité n'a pas rendu de décision comme l'exige l'article 65 de la présente Loi dans les délais fixés par ce même article, sont soumis dans les ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après que la décision de l'entité a été ou aurait dû être communiquée à l'appelant conformément aux prescriptions de l'article 65-3, 6 et 8 de la présente Loi, selon le cas.

3. Après avoir été saisi d'une demande en révision ou d'un appel, le [nom de l'instance indépendante] peut sous réserve des exigences du paragraphe 4 du présent article:

a) Ordonner la suspension de la procédure de passation de marché à tout moment avant l'entrée en vigueur du marché; (et

---

[8] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les dispositions entre parenthèses s'il estime que seuls les tribunaux devraient connaître des demandes en révision en cas d'abandon de la passation.

b) Ordonner la suspension de l'exécution d'un marché ou du fonctionnement d'un accord-cadre déjà entré en vigueur)[9];

s'il le juge nécessaire, et aussi longtemps qu'il le juge nécessaire, pour protéger les intérêts du demandeur ou de l'appelant selon le cas, à moins d'estimer que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite de la procédure de passation de marché(, du marché ou de l'accord-cadre, selon le cas)[9]. Il peut également ordonner la prolongation ou la mainlevée de toute mesure de suspension en cours, en tenant compte des considérations précitées.

4. a) Le [nom de l'instance indépendante] ordonne la suspension de la procédure de passation de marché pour une durée de dix (10) jours ouvrables lorsqu'il est saisi d'une demande ou d'un appel avant la date limite de présentation des soumissions; et

b) Le [nom de l'instance indépendante] ordonne la suspension de la procédure de passation de marché (ou de l'exécution d'un marché ou du fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas)[9] lorsqu'il est saisi d'une demande ou d'un appel après la date limite de présentation des soumissions et qu'aucun délai d'attente ne s'applique;

sauf s'il estime que des considérations urgentes d'intérêt général exigent la poursuite de la procédure de passation(, du marché ou de l'accord-cadre, selon le cas)[9].

5. Dès qu'il est saisi d'une demande ou d'un appel, le [nom de l'instance indépendante]:

a) Suspend ou décide de ne pas suspendre la procédure de passation de marché (ou l'exécution d'un marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas)[9];

b) Notifie la demande ou l'appel et son contenu à l'entité adjudicatrice et à tous les participants connus à la procédure de passation de marché qui sont visés par la demande ou l'appel;

c) Notifie sa décision concernant la suspension à tous les participants connus à la procédure de passation de marché qui sont visés par la demande ou l'appel. Lorsque le [nom de l'instance indépendante] décide de suspendre la procédure de passation de marché (ou l'exécution d'un marché ou le fonctionnement d'un accord-cadre, selon le cas)[9], il précise en outre la durée de la suspension. En cas de non-suspension, il communique les raisons de sa décision au demandeur ou à l'appelant, selon le cas, et à l'entité adjudicatrice; et

d) Publie un avis de la demande ou de l'appel.

6. Le [nom de l'instance indépendante] peut rejeter la demande ou l'appel et lève toute mesure de suspension en cours s'il estime que:

a) La demande ou l'appel est manifestement dénué de fondement ou n'a pas été présenté dans les délais fixés au paragraphe 2 du présent article; ou

---

[9] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les dispositions entre parenthèses lorsque, dans son système juridique, l'instance indépendante n'est pas habilitée à suspendre l'exécution du marché ou le fonctionnement de l'accord-cadre.

b) Le demandeur ou l'appelant, selon le cas, n'a pas qualité pour agir.

Le [nom de l'instance indépendante] notifie promptement sa décision motivée de rejet, ainsi que la mainlevée de toute mesure de suspension en cours, au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à l'entité adjudicatrice et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché. Ce rejet vaut décision concernant la demande.

7. Le [nom de l'instance indépendante] donne notification au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à l'entité adjudicatrice et aux autres participants à la procédure de passation de marché conformément aux paragraphes 5 et 6 du présent article dans un délai maximum de trois (3) jours ouvrables après avoir été saisi de la demande ou de l'appel.

8. Dès que le [nom de l'instance indépendante] lui notifie une demande en révision ou un appel, l'entité adjudicatrice lui fournit tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché.

9. En se prononçant sur une demande ou un appel qu'il a examiné, le [nom de l'instance indépendante] peut énoncer les règles ou principes juridiques s'appliquant en l'espèce, examine toute mesure de suspension en cours et prend une ou plusieurs des mesures suivantes, selon qu'il convient:

a) Interdire à l'entité adjudicatrice de prendre une décision illégale ou un acte illégal ou d'appliquer une procédure illégale;

b) Exiger de l'entité adjudicatrice, qui a agi ou procédé illégalement ou pris une décision illégale, qu'elle agisse ou procède légalement ou qu'elle prenne une décision légale;

(c) Annuler en tout ou en partie un acte illégal ou une décision illégale de l'entité adjudicatrice(, à l'exception de tout acte ou toute décision entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre)[10];

d) Réformer une décision illégale de l'entité adjudicatrice ou lui substituer sa propre décision (sauf dans le cas des actes ou décisions entraînant l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre)[11], ou confirmer une décision légale de l'entité adjudicatrice;

e) Annuler l'attribution d'un marché ou de l'accord-cadre entré en vigueur illégalement et, si un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre a déjà été publié, ordonner la publication d'un avis d'annulation de l'attribution;)[12]

f) Ordonner qu'il soit mis fin à la procédure de passation de marché;

---

[10] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les dispositions entre parenthèses lorsque, dans son système juridique, l'instance indépendante est habilitée à annuler les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice qui entraînent l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre.

[11] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les dispositions entre parenthèses lorsque, dans son système juridique, l'instance indépendante est habilitée à réformer les actes ou décisions de l'entité adjudicatrice qui entraînent l'entrée en vigueur du marché ou de l'accord-cadre ou à leur substituer sa propre décision.

[12] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les alinéas c) à e) lorsque, dans son système juridique, l'instance indépendante n'est pas autorisée à prendre les mesures qu'ils prévoient. Il peut remplacer ces alinéas par l'alinéa c) suivant: "Annuler une décision illégale ou confirmer une décision légale de l'entité adjudicatrice."

g) Rejeter la demande ou l'appel;

h) Exiger le versement d'un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l'entrepreneur qui a formé une demande ou un appel du fait d'un acte illégal, d'une décision illégale ou d'une procédure illégale de l'entité lors de la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi(, ledit dédommagement se limitant soit aux coûts de l'établissement de la soumission, soit aux coûts afférents à la demande et à l'appel le cas échéant, soit à l'ensemble de ces coûts)[13]; ou

i) Prendre d'autres mesures appropriées en l'espèce.

10. Le [nom de l'instance indépendante] rend la décision visée au paragraphe 9 du présent article dans les ... jours ouvrables (l'État adoptant précise le délai) après avoir été saisi de la demande ou de l'appel, puis communique immédiatement sa décision à l'entité adjudicatrice, au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à tous les autres participants à la procédure de contestation ou d'appel et à tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

11. Toutes les décisions que le [nom de l'instance indépendante] rend en application du présent article sont écrites, indiquent les mesures prises et les raisons qui les motivent, et sont versées promptement au procès-verbal de la procédure de passation de marché avec la demande ou l'appel formé en vertu du présent article.

Article 67. Droits des participants à une procédure de contestation ou d'appel

1. Tout fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation de marché qui est visé par la demande ou l'appel, de même que toute autorité publique dont les intérêts sont ou pourraient être affectés par la demande ou l'appel, ont le droit de participer à la procédure de contestation ou d'appel visée aux articles 65 et 66 de la présente Loi. Un fournisseur ou entrepreneur qui ne participe pas à ladite procédure ne peut par la suite se prévaloir des articles 65 et 66 de la présente Loi pour contester les décisions ou actes qui font l'objet de la demande ou de l'appel.

2. L'entité adjudicatrice a le droit de participer à une procédure de contestation ou d'appel visée à l'article 66 de la présente Loi.

3. Les participants à une procédure de contestation ou d'appel visée aux articles 65 et 66 de la présente Loi ont le droit d'être présents, de se faire représenter et d'être accompagnés à toutes les audiences tenues au cours de la procédure considérée, le droit d'être entendus, le droit de produire des preuves, y compris des témoins, le droit de demander qu'une audience soit publique, et le droit de demander l'accès au dossier de la procédure sous réserve des dispositions de l'article 68 de la présente Loi.

---

[13] L'État adoptant peut envisager de ne pas incorporer les dispositions entre parenthèses lorsque, dans son système juridique, l'instance indépendante est habilitée à accorder en outre réparation pour le manque à gagner.

Article 68. Confidentialité dans une procédure de contestation ou d'appel

La divulgation d'informations dans une procédure de contestation ou d'appel et la publicité des audiences tenues en vertu des articles 65 et 66 de la présente Loi sont interdites si elles portent atteinte à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État, sont contraires à la loi, en compromettent l'application, sont préjudiciables aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs ou nuisent à la concurrence loyale.

Article 69. Recours judiciaire[14]

Le [nom du ou des tribunaux] a compétence aux fins de l'article 63.

---

[14] Les États peuvent prévoir un mécanisme d'appel judiciaire ou un mécanisme d'appel administratif, ou encore les deux, en fonction de leur système juridique. Les États qui prévoient uniquement une voie de recours judiciaire contre les décisions de l'entité adjudicatrice devraient mettre en place un système de recours judiciaire efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles et procédures de passation de marché édictées dans la présente Loi, conformément aux prescriptions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Pour être efficace, un système de recours judiciaire doit faire en sorte en particulier: i) que les délais de recours ou d'appel contre les décisions de l'entité adjudicatrice ou de l'instance indépendante, selon le cas, soient adaptés au contexte de la passation de marché et notamment que les dispositions de la présente Loi sur le délai d'attente soient prises en compte; ii) que le ou les tribunaux compétents aux fins de l'article 63 puissent prendre une ou plusieurs des mesures prévues à l'article 66-9 de la présente Loi et prononcer les mesures provisoires qu'ils jugent nécessaires pour un recours efficace, y compris une mesure de suspension de la procédure de passation, de l'exécution du marché ou du fonctionnement de l'accord-cadre, selon le cas; et iii) que les garanties minimales prévues aux articles 67 et 68 de la présente Loi concernant la participation à la procédure de contestation ou d'appel, la présentation des preuves et la protection des informations confidentielles dans le contexte de la passation soient en place.

F. Note du Secrétariat sur la finalisation et l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics – compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la passation des marchés publics (A/CN.9/730 et Add.1 et 2)

[Original: anglais/russe]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales . . . . . .

A. Commentaires reçus de gouvernements . . . . . .

États-Unis d'Amérique . . . . . .

Ukraine . . . . . .

I. Introduction

1. Préalablement à la quarante-quatrième session de la Commission (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), le texte du projet de loi type sur la passation des marchés publics, tel qu'il a résulté de la dix-neuvième session du Groupe de travail I (Passation de marchés) de la CNUDCI (Vienne, 1er-5 novembre 2010) (voir le document A/CN.9/729 et ses additifs), a été distribué, conformément à la pratique en vigueur à la CNUDCI, à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées afin qu'ils le commentent.

2. Le présent document reproduit les commentaires reçus par le Secrétariat sur le projet de texte, tels qu'ils ont été reçus. Les commentaires reçus après la publication du présent document seront publiés sous la forme d'additifs dans l'ordre dans lequel ils auront été reçus.

II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

A. Commentaires reçus de gouvernements

États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]
[Date: 15 avril 2011]

Article 17-2: Nous recommandons d'identifier cette publication dans la réglementation plutôt que dans la Loi type elle-même afin de procurer davantage de souplesse en cas de changement des procédures internes. La phrase révisée pourrait être libellée comme suit:

> "2. Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification dans la publication identifiée dans la réglementation relative à la passation des marchés."

Article 20 *bis*: En ce qui concerne la note de bas de page 4 qui figure dans le document WP.77/Add.6, nous proposons d'ajouter au texte une disposition générale, qui pourrait former un nouvel article 20 *bis*. Le texte de ce nouvel article pourrait être libellé comme suit:

> "L'entité adjudicatrice peut demander à tout fournisseur ou entrepreneur des éclaircissements sur ses qualifications ou sa proposition, selon le cas, pour en faciliter l'examen ou l'évaluation, respectivement. Ces éclaircissements ne peuvent toucher au fond de ces qualifications ou de cette proposition. L'entité adjudicatrice fait rapidement savoir au fournisseur ou à l'entrepreneur qu'elle accepte ses éclaircissements."

Pour ce qui est de l'article 20 *bis*, le Guide renverrait à l'article 42-1, qui traite de ces questions plus en détail en ce qui concerne les offres.

Article 21-3 b): Nous recommandons d'indiquer le seuil monétaire dans la réglementation plutôt que dans la Loi type elle-même afin de procurer davantage de souplesse pour tenir compte de l'inflation, des fluctuations de change, etc. La phrase révisée pourrait être libellée comme suit:

> "b) Lorsque le prix du marché est inférieur au seuil indiqué dans la réglementation relative à la passation des marchés; ou"

Article 22-2: Nous recommandons d'indiquer le seuil monétaire dans la réglementation plutôt que dans la Loi type elle-même afin de procurer davantage de souplesse pour tenir compte de l'inflation, des fluctuations de change, etc. La phrase révisée pourrait être libellée comme suit:

> "2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux marchés dont le prix est inférieur au seuil indiqué dans la réglementation relative à la passation des marchés."

Article 33-5: Nous recommandons d'identifier cette publication dans la réglementation plutôt que dans la Loi type elle-même afin de procurer davantage de souplesse en cas de changement des procédures internes. La phrase révisée pourrait être libellée comme suit:

> "5. Avant de recourir à la sollicitation directe conformément aux dispositions des paragraphes 1, 3 et 4 du présent article, l'entité adjudicatrice fait publier un avis de passation de marché dans la publication identifiée dans la réglementation relative à la passation des marchés."

Article 33-6: Cette disposition devrait également renvoyer à l'article 29-4 a), qui traite également des cas d'urgence.

Ukraine

[Original: russe]
[Date: 19 avril 2011]

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

Aux termes des alinéas b) et c) du paragraphe 2, les critères d'évaluation peuvent comprendre les caractéristiques environnementales de l'objet du marché, l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du participant et du personnel. Le paragraphe 4 de cet article stipule que les critères d'évaluation peuvent également comprendre tout critère requis par la législation de l'État. Dans le même temps, nous proposons d'instituer un ratio entre les critères de prix et les autres critères.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation

Le paragraphe 1 de cet article prévoit que l'entité adjudicatrice répond aux demandes de clarification des fournisseurs ou entrepreneurs dans un "délai raisonnable" avant la date limite de présentation des soumissions. En outre, le paragraphe 2 de cet article stipule que l'entité adjudicatrice peut à tout moment avant la date limite de présentation des soumissions modifier le dossier de sollicitation. Nous proposons de définir le délai minimum pendant lequel, avant le début des négociations, l'entité adjudicatrice peut modifier le dossier de sollicitation, toute incertitude quant à ce délai risquant d'entraîner d'importantes complications pour l'entité adjudicatrice et donner un prétexte pour contester sans motif ses actions futures, ce qui pourrait retarder inutilement le déroulement de la procédure de passation de marché.

Nous estimons qu'en fixant clairement un délai concret pendant lequel l'entité adjudicatrice doit informer le fournisseur de l'une quelconque de ses décisions relatives à la date des négociations, on limitera considérablement les motifs de contestation ultérieure des actions et décisions de cette première. Nous proposons également de remplacer les mots "délai raisonnable" par un délai plus précis.

Article 19. Rejet des soumissions anormalement basses

Cet article contient une disposition selon laquelle l'entité adjudicatrice peut rejeter une soumission si elle estime que le prix proposé est "anormalement bas". Dans le

même temps, nous proposons de définir également, dans le texte de l'article, la notion de "prix anormalement élevé" et d'introduire une disposition concernant la possibilité, pour l'entité adjudicatrice, de rejeter une soumission si elle estime que le prix proposé est anormalement élevé.

Article 20. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

Nous estimons indispensable de fournir des éclaircissements sur ce qu'on entend par "avantage concurrentiel injuste".

Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

Le paragraphe 5 de cet article prévoit la possibilité de passer un marché oralement. Il convient de noter que notre législation rend obligatoire, pour la passation de marchés, la forme écrite. Afin d'éviter tout abus ou modification incontrôlée lors de l'exécution du marché, nous proposons de supprimer la possibilité de passer un marché oralement.

Article 26. Méthodes de passation des marchés*

Le paragraphe 1 de cet article prévoit le recours à 10 procédures de passation de marchés. Il convient de noter que cette liste n'est que partiellement compatible avec les procédures prévues par la législation ukrainienne. Notre législation ne prévoit pas, pour la passation de marchés, de procédures telles que l'appel d'offres restreint, la sollicitation de propositions sans négociations, avec dialogue ou avec négociations, le dialogue compétitif et les enchères électroniques inversées.

Article 42. Examen et évaluation des offres

Aux termes de l'alinéa b) du paragraphe 2 de cet article, l'entité adjudicatrice peut considérer qu'une offre est conforme même si celle-ci comporte des écarts mineurs qui ne modifient pas substantiellement les caractéristiques, conditions et autres stipulations énoncées dans le dossier de sollicitation.

Afin d'harmoniser le texte avec notre réglementation, nous estimons indispensable de définir clairement ce qu'on entend par "écarts mineurs" et de donner des exemples de la façon dont cette disposition s'applique dans la pratique, car elle peut biaiser l'examen des offres et aboutir à des contradictions quant au fait de savoir si une offre répond ou non aux exigences du dossier de sollicitation.

---

* Note du traducteur: Ce titre manquait dans le texte russe.

A/CN.9/730/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur la finalisation et l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics – compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la passation des marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales . . . . . .

A. Commentaires reçus de gouvernements . . . . . .

Autriche . . . . . .

II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

A. Commentaires reçus de gouvernements

Autriche

[Original: anglais]

[21 avril 2011]

La République d'Autriche souhaiterait soumettre les observations suivantes, relatives au projet de loi type sur la passation des marchés publics (documentA/CN.9/729 et ses additifs):

La République d'Autriche souhaiterait tout d'abord souligner que le texte de la Loi type devrait contenir toutes les dispositions (et informations) pertinentes sur le processus de passation de marché. Le texte ne devrait donc pas appeler d'explications; en particulier, il ne devrait pas être nécessaire (d'une manière générale) de consulter le Guide pour l'incorporation pour comprendre les dispositions de la Loi type. Dans certains cas, on ne trouve les informations essentielles sur l'application de la Loi type que dans le Guide pour l'incorporation (par exemple, l'article 28, paragraphe 3, et l'article 29, paragraphe 3, posent les mêmes conditions pour l'utilisation de deux procédures différentes; les informations fondamentales concernant la différence entre les deux ne figurent que dans le Guide; voir Add.6, page 13). Nous proposons que le texte lui-même contienne toutes les informations pertinentes.

Dans le préambule (voir alinéa d)), le terme "équitable" est employé. Nous proposons que ce terme soit remplacé par "égal". L'expression "égalité de traitement" est bien connue dans le contexte international. Par exemple, la Cour de justice européenne souligne que ce principe exige que "*des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié*" (voir l'affaire C-21/03, Fabricom, par. 27, l'affaire C-434/02, Arnold André, par. 68, et la jurisprudence citée dans l'arrêt, ainsi que l'affaire C-210/03, Swedish Match, par. 70 et la jurisprudence citée dans l'arrêt). Il convient de noter à cet égard que l'exemple donné dans le projet de guide pour l'incorporation (voir Add.1, par. 30) n'est pas pertinent parce que des situations différentes sont comparées (communications sur support papier et communications électroniques). De plus, l'utilisation d'une terminologie différente (équitable – égal) soulève la question de la différence qu'il peut y avoir entre ces termes.

Le terme "présélection" employé à l'article 2 b) (et ailleurs dans la Loi type) n'est pas défini. Il conviendrait d'envisager de le définir. De même, l'article 33 devrait contenir une disposition sur la manière dont la présélection devrait être faite (en particulier pour garantir la transparence et la non-discrimination).

L'article 2 e) devrait être libellé comme suit: "... désigne une <u>procédure</u> qui se déroule..." (voir par exemple l'article 2 e) iv)).

À l'article 5, le début du paragraphe 1 du texte anglais ("Except as provided for in paragraph (2)") porte à confusion, car le paragraphe 2 ne prévoit pas d'exception à la mise à disposition du public.

Un renvoi à l'article 8, paragraphe 1, devrait être introduit à l'article 8, paragraphe 2, afin de bien montrer que l'exception doit être énoncée clairement dans les lois de l'État adoptant (et qu'il devrait s'agir d'une exception et non de la règle générale).

À l'article 8, paragraphe 5 (et aux articles 17, par. 9, et 48, par. 3 e)), l'expression "tout membre du public" pourrait aussi être interprétée comme incluant "les membres du public des pays tiers". Nous sommes d'avis que "la mise à disposition du public" – par exemple, via Internet – est suffisante. En outre, afin d'éviter des questions sur la différence de terminologie employée dans la version anglaise ("the public" et "the general public"), celle-ci devrait être harmonisée.

À l'article 9, paragraphe 2 e), l'expression "dans le présent État" devrait être précisée. Elle ne viserait actuellement que l'État où a lieu la procédure de passation de marché. Dans le contexte d'une participation internationale, cette obligation n'aurait aucun effet. Nous proposons de remplacer cette expression par "dans leur pays de résidence".

À l'article 9, paragraphe 8 b), le verbe "peut" laisse entendre que l'entité adjudicatrice dispose d'une marge d'appréciation. Nous nous demandons si celle-ci peut être justifiée dans ces circonstances et s'il ne faudrait pas remplacer ce verbe par "doit".

L'article 10, paragraphe 1, devrait parler de "description <u>détaillée</u> de l'objet du marché" (voir la formulation de l'article 29, par. 2 a)).

À l'article 10, paragraphe 3, l'expression "including concerning" ("concernant notamment") dans la version anglaise devrait être repensée.

À l'article 10, paragraphe 4, les mots "any description" dans la version anglaise devraient être remplacés par "the description" (cette suggestion vaut également pour le paragraphe 5 a)). En outre, le terme "caractéristiques" devrait être remplacé par "aspects" (cette suggestion vaut également pour le paragraphe 5 a)), afin de suivre la terminologie employée dans d'autres passages du texte. De plus, il semble que le paragraphe 4 permette aux entités adjudicatrices de faire également référence à des méthodes de fabrication particulières. Nous proposons que ceci ne soit pas permis et que le paragraphe 4 soit modifié en conséquence. Toutefois, il convient de noter que, même avec cette proposition de (nouvelle) formulation, l'obligation par exemple d'utiliser une énergie verte serait possible (seule l'obligation de se fournir en électricité verte produite par exemple par des générateurs hydroélectriques ne serait pas autorisée).

L'article 11, paragraphe 2 b), semble extrêmement large. Selon cette disposition, les critères d'évaluation peuvent inclure "les caractéristiques de l'objet du marché" (le terme "coût" ne renvoie visiblement qu'à l'utilisation, à l'entretien et à la réparation des biens, etc.). Quel est le sens de cette disposition? Ne serait-il pas suffisant ou mieux de renvoyer aux critères socioéconomiques mettant en œuvre des politiques socioéconomiques (voir art. 2 n))?

À l'article 11, paragraphe 3, l'exigence selon laquelle tous les critères autres que le prix doivent ("dans la mesure où cela est faisable") toujours être exprimés en termes pécuniaires (du fait de l'emploi de la conjonction "et") semble lourde. Nous proposons de remplacer "et" par "et/ou".

À l'article 14, paragraphe 1, il semble que la préposition "in" ("dans") ait été oubliée dans la version anglaise.

À l'article 14, paragraphe 5, nous proposons l'ajout suivant: "et est publiée de la même manière et au même endroit que les informations originales concernant l'invitation à participer à la préqualification ou à la présélection".

À l'article 15, paragraphe 1, troisième phrase, l'expression "as will", dans la version anglaise, devrait être remplacée par "as to" (cette suggestion vaut également pour l'article 17, par. 6).

L'article 16, paragraphe 1 c) ii), semble superflu parce que le début de l'alinéa c) contient déjà une référence à l'alinéa b), qui traite du cas de la passation d'un marché national.

À l'article 16, paragraphe 1 f) i), la formulation suivante est proposée: "Le retrait ou la modification de la soumission avant ou après la date limite de présentation des soumissions, si cela est prévu dans le dossier de sollicitation."

Les conditions se rapportant à la conduite du fournisseur ne peuvent, selon l'article 16, paragraphe 1 f) ii), faire référence qu'au défaut de signature d'un marché. La façon dont cette disposition doit être comprise/interprétée n'est pas claire.

S'agissant de l'article 16, paragraphe 2, la question suivante se pose: Qu'advient-il de la garantie de soumission si une situation telle que celle mentionnée à

l'article 21, paragraphe 7, se produit ou si une situation similaire n'a pas été prise en compte (par exemple, dans le dossier d'appel d'offres)?

À l'article 17, paragraphe 3 b), nous proposons d'employer le terme "calendrier envisagé" à la fin de l'alinéa.

À l'article 19, paragraphe 1, la situation où seul le prix est anormalement bas devrait également être couverte. Afin de clarifier ce point, la première ligne devrait disposer: "... que le prix ou le prix, conjugué à...". Nous proposons en outre que le paragraphe 1 c) devienne le (nouveau) paragraphe 2 et que l'ancien paragraphe 2 devienne le (nouveau) paragraphe 3. Les alinéas a) et b) semblent suffisants en tant que conditions préalables au rejet. Si cette proposition était retenue, les mots "ait mentionné" dans le (nouveau) paragraphe 2 devraient être remplacés par "mentionne".

S'agissant de l'article 20, paragraphe 1 a), nous proposons d'introduire un seuil minimum. Le texte actuel pourrait être interprété de telle manière que le fait de donner tout objet quelle qu'en soit la valeur (!!; prenons le cas extrême d'un stylo d'une valeur inférieure à 1 euro) à un administrateur/employé de l'entité adjudicatrice entraînerait l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur. Puisqu'en pratique, l'intention dans laquelle est accordé un avantage financier ("pour influencer") ne peut normalement pas être prouvée, les preuves indirectes jouent un rôle important. Il suffirait peut-être de clarifier cette question dans le Guide pour l'incorporation.

Il faudrait envisager de définir et/ou d'expliciter l'expression "avantage concurrentiel injuste". Il faudrait préciser que l'expression "dispositions de la législation du présent État" ne se rapporte qu'aux mots "conflit d'intérêts" qui la précèdent immédiatement.

À l'article 21, paragraphe 10, il faudrait préciser que les "autres fournisseurs ou entrepreneurs" sont ceux "qui ont participé aux précédentes étapes de la procédure de passation de marché" (mais qui ont été exclus; tous les autres fournisseurs ayant participé jusqu'à la fin de la procédure doivent de toute façon être informés de l'issue de cette dernière). Il faut également préciser que, dans ce cas, l'obligation de respecter le délai d'attente ne s'applique pas.

Il est nécessaire de souligner qu'en pratique le consentement à la divulgation d'informations à d'autres personnes/parties risque d'être exigé pour la participation à la procédure de passation de marché. Par conséquent, l'"autorisation" donnée dans le dossier de sollicitation (sans aucune possibilité d'interdire la divulgation d'informations par les fournisseurs ou entrepreneurs) à l'article 23, paragraphe 3, pose réellement problème et devrait être supprimée.

À l'article 24, paragraphe 1 r), les mots "the written procurement contract" devraient être remplacés par "a written procurement contract" dans la version anglaise.

À l'article 24, paragraphe 3, le cas de l'abandon de la passation devrait être pris en compte s'agissant de la divulgation du procès-verbal: la troisième ligne devrait dire "sur demande et si elle est disponible". À la fin de ce paragraphe, il conviendrait d'ajouter les mots suivants: "et sous réserve des conditions d'une telle ordonnance".

La relation entre les paragraphes 2 à 4 de l'article 24 (en particulier concernant les informations mentionnées au paragraphe 2 s) et t)) n'est pas claire. Aux termes du paragraphe 4 (par exemple), l'entité adjudicatrice ne doit divulguer aucune information relative à l'examen et à l'évaluation des soumissions ainsi qu'au montant des soumissions, mais ces informations sont divulguées aux fournisseurs et entrepreneurs sur demande conformément au paragraphe 3.

À l'article 29, paragraphe 2, nous proposons que les parenthèses et leur contenu soient supprimés, car cette approbation préalable a été supprimée dans tout le texte (exception faite de l'article 29, par. 5 e)).

À l'article 31, paragraphe 1 a), le terme "répétée" devrait remplacer le terme "indéterminée".

À l'article 32, paragraphe 4, nous proposons de supprimer l'expression "de la faible valeur". Cette disposition prête à confusion compte tenu des autres dispositions de la Loi type qui portent sur la "faible valeur".

Les informations mentionnées à l'article 38 b) sont déjà partiellement énumérées à l'article 36 c).

À l'article 38 v), la mention devrait également indiquer le nom et l'adresse de l'organe de recours ou d'appel et donner des informations sur les délais (cette suggestion vaut également pour l'article 46, par. 4 h); l'article 48, par. 5 k); l'article 52, par. 1 t); et l'article 61, par. 4 b) ix)).

Le début du paragraphe 2 de l'article 39 mentionne l'offre présentée par "écrit". Le paragraphe 2 renvoie également à d'autres modes de communication. Ce terme pourrait néanmoins être compris comme imposant que les soumissions soient toujours faites sur support papier. Cette ambiguïté est confirmée par l'emploi dans différentes dispositions d'une terminologie se rapportant au support papier (par exemple, "enveloppes"). Le projet de guide pour l'incorporation clarifie la situation mais un libellé clair dans la Loi type éviterait les interprétations erronées (cette suggestion vaut également pour l'article 58, par. 1, et l'article 61, par. 4).

Nous soutenons la proposition faite dans la note de bas de page 4 du document Add.6 du projet de guide pour l'incorporation (disposition complémentaire à l'article 46 concernant les éclaircissements).

Le texte de l'article 47, paragraphe 4 b), pourrait être interprété de sorte que l'entité adjudicatrice puisse changer substantiellement les conditions applicables à la passation/l'objet du marché, ce qui serait contraire aux principes fondamentaux de la Loi type. Une "protection" devrait être introduite dans le texte de la Loi afin d'éviter que ce genre de choses ne se produise.

Le texte de l'article 48, paragraphe 9, devrait être précisé pour que l'on sache bien ce qui peut être modifié dans le cadre du dialogue. Le texte dispose actuellement ce qui suit: "l'entité adjudicatrice ne peut modifier ... ni l'objet du marché ... ni même les éléments de la description de l'objet du marché ... qui sont exclus du dialogue." (le commentaire vaut également pour le paragraphe 5). Une définition du terme "dialogue" serait tout à fait bienvenue (surtout pour distinguer le "dialogue", les "éclaircissements", la "discussion" et les "négociations", voir terminologie employée à l'article 23, par. 3).

À l'article 52, paragraphe 1 c), la formule "the contract form, if any, to be signed" ("le cas échéant, le document contractuel à signer") porte à confusion. Si un contrat doit être signé par les parties, il doit alors revêtir la forme écrite (forme papier ou forme électronique).

À l'article 52, paragraphe 2 (qui est entre parenthèses), un renvoi à la note de bas de page 1 devrait être ajouté.

Le texte de l'article 53, paragraphe 1 a), devrait être aligné sur celui de l'article 52, paragraphe 1 g).

Les alinéas b) et c) du paragraphe 3 de l'article 59 semblent contenir la même disposition.

Il conviendrait de vérifier s'il ne faudrait pas ajouter dans l'article 57 un renvoi à l'article 8 (un tel renvoi apparaît normalement dans le texte; voir par exemple article 59, par. 3 e) i)).

À l'article 59, paragraphe 3, il manque une référence aux voies de recours (voir, par exemple, l'article 61, par. 4 b) ix)).

À l'article 62, l'intitulé et le contenu n'indiquent pas la même chose. Selon l'intitulé, aucune "modification substantielle" n'est autorisée, alors que dans le texte "aucune modification de la description de l'objet du marché n'est permise".

À l'article 63, paragraphe 1, le texte fait référence à la non-conformité d'une décision ou d'un acte "aux dispositions de la présente Loi". Le droit de contestation ou d'appel trouvera son fondement dans le non-respect de la législation nationale incorporant les dispositions de la Loi type mais non de la Loi type elle-même.

L'obligation de publication prévue à l'article 65, paragraphe 3 (début), semble inutile puisque seules les parties intéressées peuvent contester ou former un appel et les autres participants doivent être notifiés conformément au paragraphe 3 b) et c).

L'article 65, paragraphe 3 a) et c), mentionne la possibilité pour l'entité adjudicatrice de décider de la suspension (ou de sa prorogation?) qui, selon l'article 64, paragraphe 1, est automatique s'agissant de la conclusion du marché/de l'accord-cadre. Le libellé actuel (voir ci-dessous les remarques concernant l'article 66, par. 6 a)) devrait être clarifié. Cette suggestion vaut également pour l'article 66, paragraphes 3, 5 et 9, qui devraient être alignés sur le nouveau libellé (plus clair).

Le contenu de la note de bas de page 7 se rapportant à l'article 66 devrait être intégré au Guide pour l'incorporation et non à la Loi type.

À l'article 66, paragraphe 5 c) de la version anglaise, le terme "insert" employé dans le passage entre crochets devrait être supprimé.

S'agissant de l'article 66, paragraphe 6 a), la question se pose de savoir si le respect des délais et l'absence manifeste de fondement ne sont pas vérifiés par l'instance indépendante dès le début (lors du dépôt de la demande). Dans ce cas, il est tout à fait improbable que l'instance indépendante estime – après l'ordre de suspension – que la demande est manifestement dénuée de fondement ou qu'elle n'a pas été présentée dans les délais fixés par la Loi type. Par conséquent, la deuxième situation envisagée dans le chapeau du paragraphe 6 ("lève toute mesure de suspension") risque de ne jamais se produire. Si le libellé doit avoir un lien avec la "suspension

automatique" visée à l'article 64, paragraphe 1, les mots "lever la suspension" sont inappropriés (car la suspension n'a pas été ordonnée); on pourrait plutôt dire que la suspension "prend fin" (voir texte de l'article 64, par. 2) ou qu'elle "cesse".

S'agissant de l'article 66, paragraphe 8, la Loi type devrait prendre en compte la situation où le dossier fourni risque d'être très volumineux. Pour cette raison, nous proposons de changer le texte ainsi: "l'entité adjudicatrice lui fournit tous les documents ou lui donne accès à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché".

À l'article 66, paragraphe 9, la référence à une "décision légale" est discutable. La question de la légalité d'une décision de l'entité adjudicatrice est tranchée par le tribunal en dernier ressort. Par conséquent, il se pourrait que l'instance indépendante considère qu'une décision est légale mais que sa conclusion soit infirmée ensuite par un tribunal. Nous proposons donc de supprimer le terme "légale" et de parler seulement de la confirmation d'une "décision de l'entité adjudicatrice".

L'expression "toute autorité publique" employée à l'article 67, paragraphe 1, doit être clarifiée. Il faudrait préciser de qui il pourrait s'agir et pourquoi cette autorité devrait être autorisée à participer.

En ce qui concerne l'article 67, paragraphe 3, la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas prévoir une disposition sur les informations classifiées. La disposition suivante pourrait résoudre le problème: "Le [nom de l'instance indépendante] garantit un niveau adéquat de confidentialité des informations classifiées ou d'autres informations qui figurent dans les pièces transmises par les parties et agit en respectant des intérêts de la défense et/ou de la sécurité pendant toute la procédure."

De plus, un accès ouvert à une procédure impliquant des informations classifiées est très problématique; un accès restreint (à la demande d'une partie) doit être possible.

Le texte même de l'article 69 devrait intégrer les conditions de base auxquelles doit satisfaire un système de recours judiciaire (voir note de bas de page 14).

A/CN.9/730/Add.2 (Original: anglais/espagnol)

Note du Secrétariat sur la finalisation et l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics V – compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la passation des marchés publics

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales . . . . . .

A. Commentaires reçus de gouvernements . . . . . .

El Salvador . . . . . .

II. Commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

A. Commentaires reçus de gouvernements

El Salvador

[Original: espagnol]
[Date: 2 juin 2011]

1. Il convient de souligner que le texte révisé de la Loi type a une approche souple et non prescriptive, ce qui permet aux États de l'adapter à leur situation sans compromettre la nature des marchés publics et les principes et règles les concernant, énoncés dans le préambule du texte.

2. En El Salvador, le texte constitutionnel régissant les marchés publics est la *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública* (loi sur les marchés publics), actuellement en révision. Nous nous félicitons des similitudes que présentent la Loi type révisée et la loi sur les marchés publics, notamment dans leur structure et dans les procédures de sélection du fournisseur, que l'on s'efforce de se fonder sur des critères d'évaluation objectifs, mesurables et quantifiables afin que les marchés soient transparents et que les fonds publics soient utilisés à bon escient.

3. Ainsi, la méthode de passation appelée dans la Loi type révisée "appel d'offres ouvert" correspond à celles qui s'appellent dans la loi sur les marchés publics "licitación o concurso público" et "licitación o concurso público por invitación". Sans être identiques, ces deux procédures présentent des traits communs pour ce qui

est de la réception des soumissions et la sélection des fournisseurs, puisqu'il s'agit dans les deux cas d'inviter des soumissionnaires qui devront répondre à certaines conditions à présenter des soumissions (ou offres) et à participer ainsi au processus de sélection. Les critères d'évaluation énoncés dans le "pliego de condiciones" ou "bases de licitación o concurso" (dossier de sollicitation) permettent de sélectionner un soumissionnaire et de lui attribuer le marché. Dans les deux cas, l'entité adjudicatrice tient un registre contenant l'ensemble des documents du processus d'attribution.

4. De même, la "demande de prix" et la "demande de propositions sans négociation" (article 28 de la Loi type révisée) correspondent dans une certaine mesure à la méthode de "libre gestion" prévue dans la loi sur les marchés publics, où il est également demandé au fournisseur de soumettre une proposition comportant des éléments tels que le prix et d'autres précisions demandées par l'entité adjudicatrice, sans possibilité de négocier. Cette méthode vise à favoriser la souplesse dans les marchés de faible valeur. Elle concerne l'acquisition des biens et services correspondant aux nécessités ordinaires des institutions.

5. L'"appel d'offres restreint" et la "sollicitation d'une source unique", autres méthodes prévues dans la Loi type révisée, s'apparentent à la "contratación directa" prévue dans la loi sur les marchés publics, censée être utilisée dans le cas de marchés de biens ou services ne pouvant être fournis que par une seule source, nécessitant la protection de droits de propriété industrielle ou intellectuelle, ou supposant un degré élevé de spécialisation professionnelle. On obtient ainsi un nombre réduit de fournisseurs, voire un seul, qui jouit d'un droit d'exclusivité concernant l'objet du marché.

6. El Salvador note que la Loi type révisée contient des méthodes de passation non prévues dans sa législation, telles que l'appel d'offres en deux étapes, la demande de propositions avec dialogue, la demande de propositions avec négociations consécutives, les négociations avec appel à la concurrence et les enchères électroniques inversées, dont l'utilisation pourrait constituer un progrès en matière de développement économique international.

7. Nous estimons que la Loi type sur les marchés publics et le Guide pour son incorporation dans le droit interne aura les effets bénéfiques suivants: 1) utilisation de méthodes de passation électronique, 2) inclusion des accords-cadres dans les propositions de réforme et 3) en matière de recours, la possibilité de réexamen par l'entité adjudicatrice, de recours en première instance ou en appel devant une instance administrative indépendante et finalement de recours judiciaire ou administratif. Ces questions, qui ne sont pas encore réglementées, renforceraient la transparence, la souplesse et l'efficacité dans les marchés publics.

8. L'État d'El Salvador espère que la Loi type révisée sera approuvée par la Commission car elle contient des éléments nouveaux répondant aux nécessités de la modernisation issue de la mondialisation, caractérisée par le développement économique et commercial international qui influence jusqu'aux relations contractuelles entre États. Les modifications de la loi sur les marchés publics sont à l'examen et en attente d'approbation mais cela ne signifie nullement que ce texte ne puisse changer à nouveau ultérieurement au rythme des progrès du développement économique international (dont la Loi type est l'expression). Nous incorporerions alors à notre législation de nouvelles méthodes de passation (telles que celles

prévues dans la Loi type révisée) favorisant la participation de soumissionnaires nationaux et étrangers et permettant ainsi une meilleure gestion des fonds publics.

G. Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/731 et Add.1 à 9)

[Original: anglais]

1. À sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010), le Groupe de travail a achevé ses travaux concernant la révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services de 1994 (la "Loi type")[1]. À sa vingtième session (New York, 14-18 mars 2011), il a commencé à travailler sur des propositions de révision du Guide pour l'incorporation. Il a indiqué qu'il comptait soumettre à la Commission un avant-projet de guide révisé issu des travaux de sa vingtième session, afin de l'aider à examiner le projet de loi type révisée à sa quarante-quatrième session, en 2011 (A/CN.9/713, par. 138).

2. À sa vingtième session, le Groupe de travail était saisi d'un avant-projet de commentaires concernant, d'une part, certaines sections de la première partie (Remarques générales) du Guide et les dispositions de la Loi type sur les méthodes de passation figurant aux chapitres IV et V (ainsi que les sections connexes du chapitre II) et, d'autre part, les contestations et appels qui faisaient l'objet du chapitre VIII (A/CN.9/WG.I/WP.77 et additifs 1 à 9). Le Groupe de travail a examiné la plus grande partie du texte figurant dans ces documents, mais a reporté à plus tard l'examen de certains éléments du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 et de ceux exposés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.2. Les conclusions du Groupe sont reprises dans le rapport de cette session (A/CN.9/718).

3. Les additifs 1 à 9 à la présente note renferment un avant-projet de commentaires concernant les dispositions restantes de la Loi type (chapitres I, III, VI et VII, ainsi que les dispositions restantes du chapitre II). Avec le document A/CN.9/WG.I/WP.77 et ses additifs 1 à 9, ils constituent donc un avant-projet de commentaires portant sur toutes les dispositions de la Loi type révisée.

4. L'avant-projet a été établi conformément aux lignes directrices ci-après du Groupe de travail: a) établir un texte initial de l'introduction générale du Guide révisé, que les législateurs utiliseraient finalement pour décider si la Loi type révisée devrait être adoptée dans leur pays; b) souligner dans cette introduction générale les modifications apportées à la Loi type et les raisons de ces modifications; c) distribuer en même temps ou à peu près un projet de texte du Guide révisé se rapportant à un groupe d'articles ou à un chapitre pour faciliter les débats sur la forme et la structure du Guide révisé; d) veiller à ce que le texte du Guide révisé se lise bien et soit aisément compréhensible pour les parlementaires non spécialistes de la passation des marchés; e) traiter avec prudence les questions

---

[1] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quaranteneuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XXV: 1994) (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), troisième partie, annexe I. La Loi type est disponible sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf).

de fond sensibles telles que celle du meilleur rapport qualité-prix; et f) limiter autant que possible les répétitions entre la partie générale du Guide révisé et le commentaire article par article; lorsqu'elles étaient inévitables, il fallait veiller à la cohérence. Il a été convenu que l'importance relative de la partie générale du Guide révisé et du commentaire article par article devrait être examinée avec soin (A/CN.9/713, par. 140). Des orientations supplémentaires ont été données au Secrétariat à la vingtième session du Groupe de travail (voir en particulier A/CN.9/718, par. 17 à 19).

5. L'approche consistant à élaborer le Guide en deux parties se fonde sur le principe suivant: i) la partie générale du Guide vise à expliquer les considérations générales entourant l'adoption d'une législation nationale sur la passation des marchés publics et les recommandations du Groupe de travail, de manière à définir le contexte des observations par article venant ensuite; et ii) le commentaire article par article a pour principal objectif de guider non seulement les législateurs qui incorporeront les dispositions de la Loi type révisée dans le droit national mais aussi les organismes de contrôle et les entités adjudicatrices qui en appliqueront les dispositions.

6. Les indications concernant les dispositions qui régissent les méthodes et les techniques de passation sont présentées par méthode et technique de passation car les dispositions pertinentes se trouvent dans plusieurs parties de la Loi type. Ces indications tissent un lien entre toutes les dispositions connexes des chapitres II et IV à VII. Cette présentation est donc différente de la présentation du commentaire article par article qui était une caractéristique du texte de 1994 et qui est également suivie dans le commentaire concernant d'autres dispositions de la Loi type révisée. Cette nouvelle approche a été retenue par souci de commodité et pour permettre aux législateurs et autres décideurs d'examiner les modalités d'adoption des dispositions concernant diverses méthodes et techniques de passation en fonction de la situation locale (compte tenu des conditions d'utilisation et des procédures de chaque méthode).

7. L'avant-projet est soumis à la Commission pour l'aider à examiner le projet de loi type et elle ne devrait pas faire de commentaires détaillés à son sujet. Par ailleurs, des sections et des parties supplémentaires seront peut-être nécessaires dans le Guide final. En particulier, celui-ci devrait être accompagné d'annexes indiquant des ressources pratiques telles qu'un glossaire des termes employés dans la Loi type (avec leurs équivalents courants s'il y a lieu), des calendriers et des organigrammes destinés à aider en particulier les praticiens. À sa vingtième session, le Groupe de travail a également estimé qu'il conviendrait peut-être d'ajouter au Guide une section distincte mentionnant les révisions apportées à la Loi type de 1994 pour aider les utilisateurs de ce texte à mettre à jour leur législation (A/CN.9/718, par. 50).

8. Pour plus de commodité, le tableau ci-dessous indique l'emplacement de toutes les propositions actuelles concernant le Guide et leurs relations avec les dispositions de la Loi type.

Propositions concernant le Guide	Document	Examen par le Groupe de travail
PREMIÈRE PARTIE. REMARQUES	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.1 à 3	A/CN.9/718, par. 21 à 27 et 116

Propositions concernant le Guide	Document	Examen par le Groupe de travail
GÉNÉRALES	A/CN.9/731/Add.6, partie A, et Add.8, partie A	à 136 -----
DEUXIÈME PARTIE. COMMENTAIRE ARTICLE PAR ARTICLE		
Préambule	A/CN.9/731/Add.1	
CHAPITRE I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES		
Articles 1 à 7	A/CN.9/731/Add.1	-----
Articles 7 (*suite*) à 15	A/CN.9/731/Add.2	-----
Articles 16 à 22	A/CN.9/731/Add.3	-----
Articles 23 à 25	A/CN.9/731/Add.4	-----
CHAPITRE II. MÉTHODES DE PASSATION DES MARCHÉS ET CONDITIONS D'UTILISATION DE CES MÉTHODES. SOLLICITATION ET AVIS DE PASSATION DE MARCHÉ		
Articles 26 et 27 (s'agissant des articles 28 à 34, voir ci-après sous Indications concernant d'autres méthodes et techniques de passation)	A/CN.9/731/Add.4	-----
CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT		
Articles 35 à 43	A/CN.9/731/Add.5	-----
INDICATIONS CONCERNANT D'AUTRES MÉTHODES ET TECHNIQUES DE PASSATION (dispositions connexes des chapitres II, et IV à VII)		
Appel d'offres restreint (chap. II, art. 28-1 et 33-1, 33-5 et 33-6, et chap. IV, art. 44)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, partie A	A/CN.9/718, par. 50 à 58
Demande de prix (chap. II, art. 28-2 et 33-2, et chap. IV, art. 45)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.5, partie B	A/CN.9/718, par. 59 à 62
Demande de propositions sans négociation (chap. II, art. 28-3 et 34, et chap. IV, art. 46)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, partie A	A/CN.9/718, par. 63 à 77
Appel d'offres en deux étapes (chap. II, art. 29-1 et 32, et chap. V, art. 47)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.7	A/CN.9/718, par. 82 à 96
Demande de proposition avec dialogue (chap. II, art. 29-2 et 34, et chap. V, art. 48)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.8	A/CN.9/718, par. 97 à 102
Demande de propositions avec négociations consécutives (chap. II, art. 29-3 et 34, et chap. V, art. 49)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.6, partie B	A/CN.9/718, par. 78 à 81

Propositions concernant le Guide	Document	Examen par le Groupe de travail
Négociations avec appel à la concurrence (chap. II, art. 29-4 et 33-3, 33-5 et 33-6, et chap. V, art. 50)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie A	A/CN.9/718, par. 103 à 106
Sollicitation d'une source unique (chap. II, art. 29-5 et 33-4, 33-5 et 33-6, et chap. V, art. 51)	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.9, partie B	A/CN.9/718, par. 107 à 115
Enchères électroniques inversées (chap. II, art. 30 et 32, et chap. VI (art. 52 à 56))	A/CN.9/731/Add.6 et 7	-----
Procédures d'accords-cadres (chap. II, art. 31, et chap. VII (art. 57 à 62))	A/CN.9/731/Add.8 et 9	-----
CHAPITRE VIII. CONTESTATIONS ET APPELS		
Articles 63 à 69	A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.4	A/CN.9/718, par. 28 à 49

A/CN.9/731/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera le préambule et les articles 1 à 7 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

...

Deuxième partie. Commentaire par article

Préambule

L'inclusion dans la Loi type d'un énoncé des objectifs vise à faciliter l'interprétation et l'application de cette dernière. Cet énoncé des objectifs ne crée pas en soi de droits ou d'obligations quant au fond pour les entités adjudicatrices ou les fournisseurs et entrepreneurs. Dans les États où il n'est pas d'usage d'inclure des préambules, il est recommandé que cet énoncé soit incorporé dans les dispositions mêmes de la Loi. (Pour une explication des notions que recouvrent les objectifs énoncés dans le préambule de la Loi type, voir par. ... de la première partie du Guide.)

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

1. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue consiste à faire entrer dans ce champ d'application tous les types de passation de marchés publics, tel que ce terme est défini à l'article 2. Compte tenu de la grande diversité des procédures prévues dans la Loi type pour différents types de situations pouvant se produire dans les passations de marchés publics, il n'est pas nécessaire d'exclure un secteur économique particulier d'un État adoptant. Un certain nombre d'articles de la Loi type contiennent des dispositions adaptées, en particulier, à des passations qui soulèvent des questions sensibles, telles que les passations mettant en jeu des informations classifiées. (Voir le commentaire des articles … de la Loi type, et également les paragraphes … de la première partie pour un examen général des questions intéressant le champ

d'application de la Loi type et les exceptions à l'application des dispositions sur la transparence dans ces cas.)

2. [Les États confrontés à une crise économique et financière peuvent exclure l'application de la Loi type au moyen de mesures législatives (qui seraient elles-mêmes examinées de près par le législateur).][1]

Article 2. Définitions

1. L'article 2 a pour objet de définir, au début de la Loi type, les termes qui y sont fréquemment utilisés, afin de faciliter la lecture et la compréhension du texte. Le commentaire sur cet article est complété par un glossaire, qui figure à [l'annexe ...] du Guide et qui comprend les termes dont la signification dans la Loi type diffère de celle qui leur est donnée dans d'autres instruments internationaux ou régionaux régissant la passation des marchés publics.

2. La définition du terme "enchère électronique inversée" (alinéa d)) recouvre toutes les principales caractéristiques d'une enchère inversée, en particulier son caractère en ligne. Cette définition large vise à souligner que la Loi type ne régit pas d'autres types d'enchères, même si elles peuvent être utilisées pour la passation de marchés publics dans certains pays. La décision de ne pas prévoir d'autres types d'enchères dans la Loi type tient aux risques d'irrégularités et au risque élevé de collusion qu'elles présentent du fait essentiellement que l'identité des participants est connue. La formule "offres de plus en plus basses" dans la définition renvoie aux réductions successives du prix ou du montant total des coûts pour l'entité adjudicatrice.

3. Le mot "acquisition" dans la définition du terme "passation de marché" (alinéa h)) englobe l'achat, la location et la location-vente, avec ou sans option d'achat. La définition mentionne les biens, les travaux et les services. Une classification stricte de ce que l'on entendrait par biens, travaux et services n'est souvent pas possible et n'est pas exigée par la Loi type, qui utilise l'expression générique "objet du marché" et qui ne prévoit pas des méthodes de passation différentes selon qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. Néanmoins, comme il est expliqué dans le commentaire des articles … de la Loi type, certaines méthodes de passation prévues peuvent être plus adaptées aux marchés de services qu'aux marchés de biens ou de travaux. Les États adoptants peuvent prévoir une classification stricte et fournir des orientations générales, par exemple en indiquant que le terme "biens" désigne généralement des objets de toute sorte, notamment des matières premières, des produits, des équipements et des objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, et l'électricité, ainsi que les services accessoires à la fourniture des biens si leur valeur ne dépasse pas celle des biens eux-mêmes, tandis que le mot "travaux" désigne tous les travaux liés à la construction, à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un bâtiment, d'une structure ou d'un ouvrage, tels que la préparation du site, le creusement, l'édification, le montage, l'installation d'équipements ou de matériaux, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux tels que les forages, les levés topographiques, la

[1] Le Secrétariat demande des orientations pour déterminer s'il est nécessaire de conserver le texte entre crochets.

photographie par satellite, les études sismiques et les services similaires fournis dans le cadre du marché, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes. Le terme "services" peut désigner tout objet du marché autre que des biens ou des travaux.

4. L'emploi au pluriel des mots "contrats" et "fournisseurs ou entrepreneurs" dans la définition du terme "marché" (alinéa i)) vise à tenir compte, notamment, des cas d'allotissement d'un marché attribué dans le cadre de la même procédure de passation. Par exemple, l'alinéa g) de l'article 38 de la Loi type dispose que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être autorisés à présenter des offres ne portant que sur une partie de l'objet du marché. Dans ce cas, la procédure de passation ne conduira pas à la conclusion d'un contrat unique avec un seul fournisseur ou entrepreneur mais à la conclusion de plusieurs contrats avec différents fournisseurs ou entrepreneurs. Les mots "à l'issue de la procédure de passation de marché" sont employés dans cette définition pour englober les marchés conclus dans une procédure d'accord-cadre, mais non les accords-cadres attribués.

5. Les mots "informations classifiées" dans la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" (alinéa j)) renvoient aux informations qui sont classifiées en vertu de la législation nationale applicable dans un État adoptant. Ces mots désignent dans de nombreux pays des informations auxquelles seules certaines catégories de personnes sont autorisées à accéder par la loi. La nécessité de traiter ce type d'informations dans la passation de marchés peut se poser non seulement dans les secteurs où les "informations classifiées" sont les plus fréquentes, comme la sécurité et la défense nationales, mais également dans tout autre secteur où la loi peut interdire la divulgation au public de certaines informations, notamment dans le secteur de la santé (par exemple, dans le cas de recherches et d'expériences sensibles dans le domaine médical). Le terme "informations classifiées" est utilisé dans les dispositions de la Loi type qui prévoient des mesures spéciales pour protéger ce type d'informations, en particulier des exceptions aux règles sur l'information du public et sur la transparence. Ces exceptions pouvant donner lieu à des abus, la Loi type n'autorise pas l'entité adjudicatrice à élargir la portée du terme et il est recommandé que les questions relevant du traitement des "informations classifiées" soient régies par la législation pour en assurer un contrôle approprié par le législateur. La définition, lorsqu'elle est employée dans la Loi type, est complétée par la disposition énoncée dans l'article 24 relatif au procès-verbal et aux dossiers de la procédure de passation de marché exigeant que soient consignées au procès-verbal les raisons et circonstances invoquées par l'entité adjudicatrice pour justifier les mesures et prescriptions imposées lors de la procédure afin de protéger les informations classifiées.

6. Concernant la définition du terme "entité adjudicatrice" (alinéa l)), la Loi type vise en premier lieu à régir les marchés passés par les administrations et d'autres entités et entreprises du secteur public. Les entités visées différeront d'un État à l'autre en fonction de la manière dont la loi répartit les compétences entre les différents niveaux de l'État. C'est pourquoi l'alinéa l) i), où est défini le terme "entité adjudicatrice", présente des options concernant les niveaux de l'État à prendre en compte. L'option I place dans le champ d'application de la Loi type l'ensemble des départements, organismes, organes et autres services qui se rattachent à l'administration centrale de l'État adoptant, ainsi qu'aux subdivisions provinciales, locales ou autres subdivisions administratives de cet État. Cette option

serait adoptée par les États non fédéraux et par les États fédéraux pouvant légiférer pour leurs subdivisions. L'option II serait retenue par les États n'adoptant la Loi type que pour des organes de l'administration centrale. Conformément à l'alinéa l) ii), l'État adoptant peut étendre le champ d'application de la Loi type à certaines entités ou entreprises qui ne sont pas considérées comme faisant partie de la structure administrative, s'il souhaite exiger d'elles qu'elles passent leurs marchés conformément à la Loi type. Pour décider quelles entités, le cas échéant, seront régies par la Loi type, l'État adoptant pourra tenir compte notamment des facteurs suivants:

a) L'État fournit-il des fonds publics substantiels à l'entité, fournit-il une garantie ou tout autre type de sûreté pour garantir le paiement dû par l'entité dans le cadre du marché qu'elle a passé, ou prend-il en charge de toute autre manière les obligations contractées par l'entité adjudicatrice en vertu du marché?

b) L'entité est-elle gérée ou contrôlée par l'État ou ce dernier participe-t-il à la gestion ou au contrôle de l'entité?

c) L'État accorde-t-il à l'entité une licence exclusive, un monopole ou un quasi-monopole pour la vente des biens qu'elle offre ou des services qu'elle fournit?

d) L'entité doit-elle rendre des comptes à l'État ou au trésor public en ce qui concerne sa rentabilité?

e) Un accord international ou toute autre obligation internationale de l'État s'applique-t-il aux marchés passés par l'entité?

f) L'entité a-t-elle été créée en application d'une mesure législative spéciale pour exercer des activités à des fins publiques déterminées par la loi et les règles de droit public applicables aux contrats publics s'appliquent-elles aux marchés conclus par l'entité?

7. La passation de marché peut être réalisée par des groupes ou consortiums d'entités adjudicatrices, y compris de divers États, qui peuvent être considérés collectivement comme une seule "entité adjudicatrice". La définition du terme "entité adjudicatrice" parle en particulier de "groupement de plusieurs [départements, organismes, organes ou autres services ou subdivisions]" sans mentionner toutefois de lien avec un État particulier. Elle vise donc à permettre la participation de tels groupes ou consortiums, notamment dans la passation de marchés au niveau international. Dans certains pays, pour assurer une responsabilité politique, même lorsque plusieurs entités adjudicatrices s'associent, l'une d'elles reste l'entité principale. Dans le cas d'un consortium international, il est habituel qu'une entité adjudicatrice d'un État ayant qualité d'entité principale représente les entités adjudicatrices des autres États[2].

8. La définition du terme "passation de marché public" (alinéa m)) a pour objet principal de souligner que la Loi type s'applique à la passation des marchés publics et non à la passation des marchés dans le secteur privé. Elle se fonde sur la définition des termes "passation de marché" et "entité adjudicatrice " (alinéas h) et l), voir explications aux paragraphes … ci-dessus). Le terme "passation de marché public" n'apparaît que dans le titre, le préambule et les deux premiers

[2] Le Secrétariat demande des orientations pour déterminer si les deux phrases précédentes devraient être présentées dans le Guide comme les meilleures pratiques.

articles de la Loi type; par la suite, le terme “passation de marché” est utilisé par souci de simplicité[3].

9. La définition du terme “politiques socioéconomiques” (alinéa n)) ne se veut pas ouverte mais vise à englober uniquement les politiques énoncées dans la législation de l’État adoptant et celles qui découlent de règles internationales, telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l’ONU. Le but de ces dispositions est: a) d’empêcher que les politiques socioéconomiques soient déterminées au cas par cas par l’entité adjudicatrice, et b) de faire en sorte qu’elles soient appliquées à tous les achats publics afin que leurs coûts et avantages soient visibles. La loi peut autoriser un ou plusieurs organes d’un État adoptant à promulguer des politiques socioéconomiques dans cet État. Les règles relatives à l’application de ces politiques devraient imposer des limites appropriées aux entités adjudicatrices, en particulier en leur interdisant d’adopter à leur gré des politiques au coup par coup; ces politiques peuvent donner lieu à des abus, par exemple sous forme de favoritisme.

10. À la fin de la définition du terme “politiques socioéconomiques”, l’État adoptant se voit donner la possibilité de développer cette définition en fournissant une liste indicative des politiques applicables. Celles-ci sont généralement de nature sociale, économique ou environnementale (rarement politique) et peuvent être dictées par des considérations telles que le développement d’un secteur industriel particulier, le développement des petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, ou des personnes handicapées, le développement régional et local, l’amélioration de l’environnement, l’amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels, ainsi que des facteurs économiques tels que l’état de la balance des paiements et les réserves en devises[4]. Il convient de noter que ces politiques évoluent avec le temps et, même si la liste se veut exhaustive, elle sera obsolète. Il est donc recommandé que la liste demeure indicative pour ne pas avoir à actualiser la loi à chaque fois que les politiques socioéconomiques de l’État adoptant changent. Il convient également de noter que l’application de ces politiques peut accroître le coût de la passation et qu’il faudrait donc soigneusement mettre en balance leur mise en œuvre au moyen de la passation de marchés publics avec leurs coûts à court et long termes[5]. Nombre de ces politiques ne sont généralement jugées

---

[3] La nécessité de cette définition dans la Loi type doit être réexaminée. Une autre solution possible serait de fournir les explications nécessaires dans le Glossaire.

[4] La liste indicative des politiques socioéconomiques est reprise du document A/64/17, par. 164. La liste figurant à l’article 34-4 c) iii) de la Loi type de 1994 mentionnait l’état de la balance des paiements et les réserves en devises de l’État adoptant, les arrangements d’échanges compensés proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, l’ampleur du contenu local dans les biens, travaux ou services proposés par les fournisseurs ou entrepreneurs, notamment pour ce qui est de la fabrication, de la main-d’œuvre et des matériaux, les possibilités de développement économique que comportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités commerciales locales, la promotion de l’emploi, le fait que certaines activités de production seront réservées à des fournisseurs locaux, le transfert de technologie et le développement des compétences en matière de gestion, et des compétences scientifiques et opérationnelles. Le Secrétariat demande des orientations concernant la liste à inclure dans le Guide.

[5] À la dix-neuvième session du Groupe de travail, des préoccupations ont été exprimées sur ces propos. Il a été noté qu’il valait mieux que cette question, politiquement sensible, soit examinée

appropriées que dans le but d'aider au développement, par exemple pour renforcer les capacités.

11. La définition du terme "sollicitation" (alinéa o)) vise à établir une distinction entre la "sollicitation" et l'"invitation à participer à la procédure de passation de marché". Cette dernière formule est plus large puisqu'elle peut englober une invitation à participer à la préqualification (article 17) ou une invitation à participer à la présélection (article 48). La signification du terme "sollicitation" varie en fonction de la méthode de passation: dans l'appel d'offres, la sollicitation désigne l'invitation à soumettre des offres (dans l'appel d'offres ouvert et dans l'appel d'offres en deux étapes, l'invitation est publique, tandis que, dans l'appel d'offres restreint, elle est adressée à un groupe limité); dans la demande de propositions, la sollicitation désigne l'invitation à présenter des propositions (qui peut être publique ou adressée à un groupe limité); dans les négociations avec appel à la concurrence, la sollicitation désigne l'invitation aux négociations adressée à un groupe limité; dans la demande de prix, elle désigne l'envoi d'une demande à un groupe limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont le nombre ne doit toutefois pas être inférieur à trois; en cas d'enchère électronique inversée en tant que méthode autonome de passation dans laquelle des offres initiales sont exigées aux fins de leur évaluation ou de l'examen de leur conformité, la sollicitation commence par une invitation à soumettre ces offres initiales (l'invitation est publique comme dans l'appel d'offres ouvert); dans l'enchère électronique inversée plus simple utilisée comme méthode autonome de passation sans examen ou évaluation d'offres initiales, la sollicitation a lieu après l'ouverture de l'enchère, lorsque les participants sont invités à soumettre des offres; dans la sollicitation d'une source unique, la sollicitation désigne l'invitation à présenter une proposition ou un prix qui est adressée à un seul fournisseur ou entrepreneur.

12. La définition du terme "dossier de sollicitation" (alinéa p)) est générique et énonce les caractéristiques essentielles des documents sollicitant la participation à n'importe quelle méthode de passation. Ces documents sont émis par l'entité adjudicatrice et énoncent les conditions de la passation concernée. Dans certaines méthodes de passation, le terme "dossier de sollicitation" est utilisé; d'autres expressions sont employées pour d'autres méthodes. Par exemple, dans les dispositions de la Loi type régissant la demande de propositions, il est fait référence à une "demande de propositions" dans laquelle figurent les informations concernant la sollicitation. Indépendamment du terme employé dans chaque méthode de passation de la Loi type, les documents sollicitant la participation englobent également toute modification apportée aux documents initialement émis. Ces modifications peuvent être apportées conformément aux articles 14 et 15 de la Loi type; dans l'appel d'offres en deux étapes, également en vertu des dispositions de l'article 47-4; et dans la demande de propositions avec dialogue, conformément à l'article 48.

13. Si la Loi type emploie, dans la version anglaise, le terme "tender security" (garantie de soumission) (alinéa t)), elle ne sous-entend pas pour autant que ce type

---

par la Commission (A/CN.9/713, par. 124). L'utilité de cette mention dans le Guide doit donc être examinée et, dans le cas où elle serait maintenue, il faudra déterminer si des indications supplémentaires devraient être fournies concernant les coûts et les avantages de telles politiques.

de garantie peut être exigé uniquement dans l'appel d'offres ("tendering" en anglais). La définition du terme "garantie de soumission" ne doit pas être comprise non plus comme permettant à l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées[6].

14. L'expression "d'autres dispositions de la législation du présent État", employée à l'article 2 et dans d'autres dispositions de la Loi type, renvoie non seulement aux lois mais aussi aux règlements d'application et aux obligations conventionnelles de l'État adoptant. Dans certains États, une telle référence générale à la "législation" suffirait pour indiquer qu'il s'agit de toutes les sources de droit susmentionnées. Dans d'autres États, en revanche, une référence plus détaillée aux diverses sources de droit est nécessaire afin de préciser qu'il ne s'agit pas seulement des lois.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

1. L'article 3 a pour objet d'expliquer les effets des traités internationaux sur l'application de la Loi type à l'échelon national. L'État adoptant peut être soumis à des accords ou obligations internationaux en matière de passation des marchés. Par exemple, un certain nombre d'États sont parties à [l'Accord sur les marchés publics de l'OMC] et les membres de l'Union européenne sont liés par des directives relatives aux marchés qui s'appliquent à l'ensemble de la région géographique. De même, les membres de groupements économiques régionaux dans d'autres régions du monde peuvent liés par des directives en matière de passation de marchés qui sont appliquées par leur groupement régional. En outre, de nombreux organismes internationaux de prêt et organismes nationaux de financement du développement ont établi des directives ou règles régissant les marchés passés avec les fonds qu'ils octroient. Dans les accords de prêt ou de financement conclus avec ces organismes, les pays emprunteurs ou bénéficiaires s'engagent à passer les marchés financés au moyen des fonds obtenus en respectant lesdites directives ou règles. Les alinéas a) et b) ont pour objet de spécifier que les conditions de l'accord international, ou toute autre obligation internationale à l'échelon intergouvernemental, seront appliquées, mais que, à tous autres égards, la passation des marchés sera régie par la Loi type. L'article accorde donc la primauté générale aux traités internationaux sur les dispositions de la Loi type, étant entendu toutefois que des règles plus strictes peuvent s'appliquer en vertu des traités internationaux mais que les obligations internationales ne devraient pas servir de prétexte pour se soustraire aux garanties de la Loi type.

2. Les passages entre crochets dans le présent article s'adressent à l'État fédéral adoptant. L'alinéa c) lui permet de donner la priorité sur la Loi type aux accords

---

[6] Le commentaire tient compte de la suggestion faite au sein du Groupe de travail. L'article 16 sur les garanties de soumission n'interdit pas la demande de plusieurs garanties de soumission. Le commentaire relatif à cet article indique toutefois, comme ici, que la CNUDCI décourage l'entité adjudicatrice de demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation donnée.

intergouvernementaux qu'il a conclus avec une ou plusieurs de ses subdivisions, ou qui ont été conclus entre deux de ces subdivisions ou plus, sur les questions régies par la Loi type. Une telle clause pourrait être utilisée lorsque l'État fédéral n'est pas habilité à légiférer pour ses subdivisions dans les domaines régis par la Loi type.

3. Les États adoptants devront adapter les dispositions de cet article à leurs règles constitutionnelles. Par exemple, ils devront peut-être modifier la référence dans l'alinéa b) à "[t]out accord conclu par le présent État" pour préciser qu'elle renvoie à tout accord qui a été non seulement signé mais aussi ratifié par voie législative pour pouvoir s'imposer à l'État adoptant.

4. L'État adoptant peut choisir de ne pas adopter les dispositions de cet article si elles entrent en conflit avec son droit constitutionnel.

Article 4. Règlements en matière de passation des marchés

1. L'objet de l'article 4 est de souligner que les règlements en matière de passation des marchés doivent atteindre les objectifs et appliquer les dispositions de la Loi type. Comme indiqué aux paragraphes … de la première partie du Guide, la Loi type est une "loi-cadre" énonçant les règles juridiques fondamentales de la passation des marchés que doit venir compléter une réglementation promulguée par l'organe ou l'autorité appropriée de l'État adoptant. L'approche de la "loi-cadre" permet à l'État d'adapter les règles détaillées régissant les procédures de passation de marchés à ses propres besoins et à sa propre situation, dans le cadre général établi par la Loi. Ainsi, diverses dispositions de la Loi type (voir ci-après la liste de ces dispositions) disposent expressément qu'elles doivent être complétées par une réglementation des marchés. En outre, l'État adoptant pourra décider de compléter d'autres dispositions de la Loi type, même s'il n'y est pas fait expressément référence à la réglementation des marchés. Dans ces deux cas, la réglementation ne devrait pas être contraire à la Loi type ou compromettre l'efficacité de ses dispositions. (Pour l'examen de l'importance d'une approche globale en ce qui concerne les règlements, directives et autres textes d'application pour que le système prévu dans la Loi type fonctionne dans la pratique, voir ... de la première partie du Guide.)

2. Les mots "réglementation des marchés" et "règlements en matière de passation des marchés" devraient être interprétés conformément à la tradition juridique de l'État adoptant; ces notions peuvent comprendre tout outil utilisé dans l'État adoptant pour appliquer sa législation.

3. Les procédures pour lesquelles il serait utile d'élaborer des règles plus détaillées dans le cadre de la réglementation des marchés sont notamment les suivantes: mode de publication de divers types d'information (articles 5, 6, 18 et 22); mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations communiquées pendant la procédure de passation (article 7-5); motifs invoqués pour limiter la participation à une passation (article 8); calcul de la marge de préférence et application de critères socioéconomiques lors de l'évaluation des soumissions (article 11); estimation de la valeur du marché (article 12); code de conduite (article 25); et limitation du volume du marché passé en cas d'urgence par voie de négociations avec appel à la concurrence ou par sollicitation d'une source unique (en d'autres termes, limitation au seul volume nécessaire pour faire face à

l'urgence) (voir le commentaire sur les dispositions pertinentes de l'article 29-4 et 5 aux paragraphes … ci-après).

4. Le recours aux règlements n'est pas seulement une question de meilleure pratique. En effet, le défaut de promulgation d'une réglementation des marchés comme le prévoit la Loi type peut priver l'entité adjudicatrice du pouvoir de prendre les mesures particulières envisagées dans les cas suivants: limitation de la participation à la procédure de passation de marché (article 8); droit et modalités d'application d'une marge de préférence en faveur des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux (article 11); et utilisation de la procédure de demande de prix, car celle-ci ne peut être appliquée que pour les marchés dont la valeur est inférieure au seuil fixé dans la réglementation des marchés (article 28-2).

[Une liste des renvois à toutes les dispositions de la Loi type mentionnant les règlements en matière de passation des marchés sera insérée ici ou dans une annexe au Guide.]

Article 5. Publication des textes juridiques

1. L'objet de l'article 5 est d'assurer la transparence de toutes les règles et réglementations applicables à la passation de marchés dans un État adoptant. Toutes les personnes intéressées devraient savoir quelles règles et réglementations s'appliquent à la passation à tout moment et où les trouver si nécessaire.

2. Le paragraphe 1 du présent article vise à promouvoir la transparence des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale concernant les marchés en exigeant que ces textes soient promptement rendus accessibles et systématiquement tenus à jour. L'inclusion de cette disposition est jugée particulièrement importante dans les États où cette condition n'est pas déjà énoncée dans le droit administratif en vigueur. Elle peut également être jugée utile dans les États où cette condition est déjà imposée car une disposition énoncée dans la législation des marchés elle-même contribuerait à attirer l'attention tant des entités adjudicatrices que des fournisseurs ou entrepreneurs sur l'exigence d'une divulgation adéquate au public des textes juridiques mentionnés dans le paragraphe.

3. Dans de nombreux pays, il existe des publications officielles dans lesquelles les textes juridiques mentionnés dans le paragraphe sont et peuvent être habituellement publiés. Si tel n'est pas le cas, ils devraient être promptement rendus accessibles au public, y compris aux fournisseurs ou entrepreneurs étrangers, sur tout autre support approprié et de manière à assurer le niveau requis de diffusion des informations pertinentes à leurs destinataires et au public. Afin d'assurer un accès facile et rapide du public aux textes juridiques pertinents, l'État adoptant souhaitera peut-être préciser un mode et un support de publication dans les règlements en matière de passation de marchés ou mentionner dans ces règlements les sources juridiques traitant de la publicité des lois, des règlements et d'autres actes publics. Cette solution devrait également permettre au public d'établir avec certitude la source des informations pertinentes, ce qui est particulièrement important au vu de la prolifération des supports et des sources d'informations à mesure que recule l'utilisation des moyens traditionnels de publication d'informations sur support papier. L'abondance d'informations provenant de nombreuses sources, dont

l'authenticité et l'autorité sont incertaines, pourrait être un obstacle majeur à la transparence.

4. L'État adoptant devrait envisager de publier les informations pertinentes de manière centralisée sur un support commun ("journal officiel" ou équivalent) et d'établir les règles définissant les relations de ce support centralisé unique avec d'autres supports où ces informations peuvent figurer. Les informations qui sont publiées sur ce support centralisé devraient être authentiques et officielles et primer les informations qui pourraient figurer ailleurs. Les règlements peuvent explicitement interdire la publication des informations sur d'autres supports avant leur publication sur le support centralisé, et exiger que les mêmes informations publiées sur différents supports contiennent les mêmes données. Le support centralisé devrait être facilement et largement accessible. L'accès aux lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale en matière de passation visés par la présente Loi et à toutes les modifications dont ils font l'objet ne devrait en principe pas être facturé, car cela est contraire aux objectifs de la Loi type, qui vise à favoriser et encourager la concurrence, à promouvoir l'intégrité et la confiance du public dans le processus de passation des marchés et à assurer la transparence des procédures de passation.

5. Les règlements ou autres instruments destinés à faciliter l'application de la loi devraient également préciser ce qu'implique l'obligation de rendre les textes promptement accessibles au public et de les tenir systématiquement à jour, notamment l'affichage et l'actualisation en temps voulu de toutes les informations pertinentes et essentielles d'une manière simple à utiliser et à comprendre par l'utilisateur moyen. Il faudrait souligner l'importance d'une prompte accessibilité des textes compte tenu des conséquences de la publicité pour l'efficacité des lois, règlements et autres textes juridiques d'application générale: le droit constitutionnel des États prévoit généralement que ces textes n'entrent en vigueur qu'un certain nombre de jours après leur publication dans la source d'information publique officiellement désignée. Le terme "accessible" devrait être interprété comme à l'article 7 de la Loi type où il est également employé: les informations doivent être lisibles, interprétables et pouvoir être conservées (voir … ci-après). L'exigence d'une prompte accessibilité des textes est toutefois différente de l'obligation à l'article 7, notamment, de présenter les informations sous une forme qui soit accessible pour être consultée ultérieurement, car elle implique des mesures proactives de la part des autorités publiques désignées (telles que la publication sur le support officiel) pour que les informations concernées parviennent au public.

6. Le paragraphe 2 de l'article traite d'une catégorie distincte de textes juridiques – les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent. Le début du paragraphe 1 vise à indiquer clairement que les obligations de publicité plus contraignantes figurant dans ce paragraphe – prompte accessibilité et mise à jour systématique – ne s'appliquent pas aux textes juridiques mentionnés au paragraphe 2. Ces textes, contrairement à ceux mentionnés au paragraphe 1, ne sont pas d'application générale; ils prennent généralement effet au moment de leur promulgation par le tribunal ou toute autre instance désignée. Des règles spéciales s'appliquent habituellement à l'accès du public à ces textes. En outre, en raison de la nature statique de ces textes, l'exigence d'une mise à jour systématique ne s'applique pas. Le paragraphe 2 exige donc que ces textes soient mis à la disposition du public. Cette règle différente n'entend pas remplacer l'exigence d'accessibilité

de ces textes. S'il est vrai que les informations contenues dans les textes visés au paragraphe 2 doivent être lisibles, interprétables et pouvoir être conservées (il s'agit là des éléments constitutifs de l'"accessibilité" examinée au paragraphe précédent), l'objectif du paragraphe 2 est d'atteindre avec suffisamment de souplesse le niveau nécessaire de publicité pour ces textes et d'exactitude des textes faisant l'objet de publicité.

7. Selon les traditions juridiques et les pratiques en matière de passation de marchés des diverses entités adjudicatrices de l'État adoptant, il est possible que les textes interprétatifs ayant une valeur et une importance juridiques pour les fournisseurs et les entrepreneurs soient déjà visés soit par le paragraphe 1, soit par le paragraphe 2 de l'article. L'État adoptant souhaitera peut-être envisager d'apporter des modifications à l'article pour faire en sorte qu'ils le soient. En outre, comme la publication des informations sur des supports autres que le papier entraîne une réduction des coûts, du temps et du travail administratif liés à la publication et à la mise à jour des informations, la publication d'autres textes pertinents présentant une utilité et une importance pratiques pour les fournisseurs et entrepreneurs peut être considérée comme la meilleure pratique pour assurer la transparence et la prévisibilité et pour favoriser et encourager la concurrence entre les fournisseurs et entrepreneurs. Ces textes juridiques supplémentaires pourraient comprendre, par exemple, des guides ou manuels sur la passation des marchés et d'autres documents fournissant des informations sur les aspects importants des pratiques et procédures de passation des marchés nationaux et pouvant avoir une incidence sur les obligations et droits généraux des fournisseurs et entrepreneurs. Si elle n'aborde pas explicitement la publication de ces textes, la Loi type n'empêche pas un État adoptant d'étendre la liste des textes visés à l'article 5 en fonction du contexte national. Si l'État adoptant choisit cette option, il devrait examiner quels textes juridiques supplémentaires doivent être rendus publics et quelles conditions de publication devraient s'y appliquer. Les États adoptants peuvent à cet égard évaluer les coûts et les efforts nécessaires pour remplir ces conditions par rapport aux avantages que les destinataires potentiels devraient retirer des informations publiées. Dans l'environnement papier, les coûts peuvent être excessifs si, par exemple, on exige que des informations d'un intérêt minime ou occasionnel pour les fournisseurs ou entrepreneurs soient promptement rendues accessibles au public et systématiquement tenues à jour. Dans un environnement sans support papier, bien que les coûts de publication des informations puissent devenir insignifiants, les coûts des mises à jour, visant à assurer que les informations pertinentes et exactes soient facilement accessibles au public, peuvent demeurer élevés.

8. Les lois et règlements de l'État adoptant déterminent les autorités publiques chargées de s'acquitter des obligations qui découlent de cet article. Conformément à un certain nombre de dispositions de la Loi type (telles que l'article 38 t)), l'entité adjudicatrice sera tenue de mentionner dans le dossier de sollicitation les lois, règlements et autres textes juridiques intéressant directement la procédure de passation du marché.

Article 6. Informations sur les possibilités de marchés à venir

1. Cet article a pour objet de souligner l'importance d'une bonne planification de la passation des marchés. Il recommande la publication d'informations sur les

marchés futurs, ce qui peut contribuer à la transparence de l'ensemble du processus de passation et priver de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité. L'entité adjudicatrice devrait déterminer si cette publication est appropriée et si elle favoriserait la transparence compte tenu en particulier des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption (et de son article 9 sur la passation des marchés publics).

2. Le paragraphe 1 permet et vise à encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir et les projets de marché. Il fait référence à des projets généraux à long terme plutôt qu'à des possibilités de marchés à court terme ou à une possibilité de marché en particulier (celles-ci sont soumises aux dispositions du paragraphe 2). L'État adoptant peut juger bon de souligner les avantages de la publication de telles informations à des fins de planification stratégique et opérationnelle. Par exemple, leur publication peut obliger les entités adjudicatrices à planifier les marchés, réduire le nombre de marchés passés "au coup par coup" ou "dans l'urgence" et par conséquent diminuer le recours à des méthodes de passation moins concurrentielles. Elle peut également renforcer la concurrence car elle permettrait à un plus grand nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs de prendre connaissance des possibilités de marchés, de voir s'ils sont intéressés par une participation et de la préparer alors à l'avance. La publication de ces informations peut en outre avoir une incidence positive dans un contexte plus général de gouvernance, notamment dans l'ouverture de la passation des marchés à l'examen du grand public et à la participation de la société civile et des communautés locales.

3. Les États adoptants peuvent prévoir des mesures incitant à la publication de ces informations, comme le font certains États, en donnant par exemple la possibilité de réduire le délai de présentation des soumissions pour les marchés ayant fait l'objet d'une publicité préalable. Ils peuvent aussi mentionner les cas où la publication de ces informations serait particulièrement souhaitable, comme lorsque des marchés de travaux complexes sont prévus ou lorsque la valeur du marché dépasse un certain seuil. Ils peuvent aussi faire des recommandations sur le contenu souhaitable des informations à publier ainsi que sur d'autres conditions de publication, par exemple une durée, qui peut être de six mois ou de un an ou une autre période, sur laquelle porte la publication.

4. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 2 fait référence à la publication d'un préavis concernant une possibilité de marché particulière. Dans la pratique, ces préavis peuvent être utiles, par exemple, pour examiner si les fournisseurs ou entrepreneurs existants pourraient répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice avant l'ouverture d'une procédure de passation. Ce type d'étude de marché peut être utile dans les secteurs en rapide évolution (tels que le secteur des technologies de l'information) pour savoir si des solutions novatrices viennent de voir le jour ou sont envisagées. Les réponses aux préavis pourraient montrer qu'il ne serait pas possible ou souhaitable de mener la procédure de passation prévue par l'entité adjudicatrice. Sur la base des données recueillies, l'entité adjudicatrice peut prendre une décision plus éclairée quant à la méthode la plus adaptée à la passation du marché à venir. Il convient de ne pas confondre ce préavis avec l'avis demandant aux fournisseurs ou entrepreneurs de manifester leur intérêt, généralement publié

lors de la procédure de demande de propositions (cet avis est examiné plus avant au paragraphe …).

5. La publication facultative mentionnée aux paragraphes 1 et 2 ne fait pas partie d'une procédure de passation particulière. La publication prévue au paragraphe 1 constitue une étape de la planification à moyen ou long terme, tandis que la publication mentionnée au paragraphe 2 peut précéder de peu la procédure de passation. Comme indiqué au paragraphe 3 de l'article, les informations publiées en vertu du paragraphe 1 ou 2 ne lient d'aucune manière l'entité adjudicatrice, notamment en ce qui concerne les futures sollicitations. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent se prévaloir d'aucune voie de droit si la passation n'a pas lieu après avoir fait l'objet d'une publicité préalable ou si elle a lieu dans d'autres conditions que celles énoncées dans la publicité préalable.

6. Cet article est d'application générale: l'entité adjudicatrice est encouragée à publier les informations mentionnées aux paragraphes 1 et 2 quels que soient le type de marché et la méthode de passation envisagés. Les États adoptants et les entités adjudicatrices devraient garder à l'esprit toutefois que la publication de ces informations n'est pas toujours souhaitable. L'imposition d'une obligation de publication risque d'être contraignante et d'avoir une incidence sur le processus de budgétisation et la souplesse nécessaire à l'entité adjudicatrice pour gérer ses besoins. La publication de ces informations risque aussi involontairement de favoriser la collusion et l'exercice de pressions. Comme le montre cet article, la position adoptée dans la Loi type est donc qu'il faudrait laisser à l'entité adjudicatrice la faculté de décider au cas par cas si ces informations devraient être publiées. On estime néanmoins que la règle par défaut devrait être la publication de ces informations sauf considérations contraires.

7. L'État adoptant voudra peut-être prévoir, dans ses règlements en matière de passation de marchés, le lieu et le mode de publication des informations mentionnées dans cet article. À cet égard, il voudra peut-être tenir compte du commentaire relatif à l'article 5, qui soulève des questions intéressant l'article 6. Il faudrait veiller à la cohérence entre les règles applicables à la publication de tous les types d'informations relatives à la passation de marché en vertu de la Loi type (voir également, dans ce contexte, le commentaire des articles 17, 18, 22 et 32 à 34 ci-après).

Article 7. Communications dans la passation des marchés

1. L'article 7 vise à offrir une sécurité juridique i) quant à la forme des informations à générer et communiquer lors d'une passation de marché menée en vertu de la Loi type, ii) quant aux moyens à utiliser pour communiquer ces informations, iii) quant aux moyens de satisfaire à toutes les exigences en matière d'écrit ou de signature et de tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs (tous ces éléments sont regroupés sous le terme générique de "formes et moyens de communication") et iv) quant aux exigences et mesures destinées à protéger les informations classifiées dans les passations de marchés mettant en jeu ces informations.

2. Concernant les formes et moyens de communication, la position de la Loi type, s'agissant de l'interaction entre, d'une part, l'entité adjudicatrice et, de l'autre,

les fournisseurs et entrepreneurs et le grand public, est que l'objectif premier devrait être de chercher à favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation de marchés sans entraver l'évolution de la technologie et des procédés. Par conséquent, les dispositions de l'article ne dépendent pas de l'utilisation de types de technologie déterminés ni ne présupposent une telle utilisation. Elles établissent un régime juridique ouvert aux progrès technologiques. Bien qu'elles doivent être interprétées au sens large, ces dispositions, qui abordent toutes les communications lors de la procédure de passation visée par la Loi type, ne visent pas à réglementer les communications régies par d'autres branches du droit, telles que les garanties de soumission.

3. Aux termes du paragraphe 1, les informations doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement. Le mot "accessible" dans ce paragraphe implique qu'une information doive être lisible et interprétable et qu'elle puisse être conservée[7]. Le mot "consultée" vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement automatique. Ces dispositions ont pour but, d'une part, de laisser une marge de manœuvre suffisante quant à l'utilisation de différentes formes d'informations selon l'évolution de la technologie et, d'autre part, de fournir des garanties suffisantes pour que les informations générées et communiquées, quelle qu'en soit la forme, soient utilisables, traçables et vérifiables de manière fiable. Il est essentiel que la fiabilité, la traçabilité et la vérification soient suffisantes pour le déroulement normal du processus de passation, pour un contrôle et un audit efficaces et dans le cadre d'une procédure de recours. Le libellé de l'article est compatible avec les conditions de forme figurant dans les textes de la CNUDCI régissant le commerce électronique, comme l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Pas plus que ces textes, la Loi type n'attribue de caractère permanent à une forme d'information déterminée ni n'interfère avec l'application des règles de droit qui peuvent exiger une forme précise. Aux fins de la Loi type, toute forme d'informations peut être utilisée tant qu'elle atteste la teneur des informations en question et qu'elle est accessible pour être consultée ultérieurement. Pour assurer la transparence et la prévisibilité, toute condition particulière de forme acceptable par l'entité adjudicatrice doit être spécifiée par celle-ci au début de la procédure de passation, conformément au paragraphe 3 a) de l'article.

4. Le paragraphe 2 de l'article contient une exception à la condition générale de forme énoncée au paragraphe 1, puisqu'il permet que certains types d'information soient communiqués à titre préliminaire sous une forme n'en attestant pas la teneur, par exemple lorsque les informations sont communiquées oralement par téléphone ou lors d'une entrevue, pour éviter à l'entité adjudicatrice et aux fournisseurs et entrepreneurs d'être retardés inutilement. Ce paragraphe énumère, en renvoyant aux dispositions pertinentes de la Loi type, les cas dans lesquels cette exception peut s'appliquer. Ils concernent la communication d'informations à un seul fournisseur ou entrepreneur participant à la procédure de passation (par exemple, lorsque l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de donner des

---

[7] Il faudrait examiner s'il est nécessaire d'utiliser la formule "accessible et disponible" au paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type pour suivre la terminologie employée à l'article 5 de la Loi type. Voir les considérations soulevées à ce propos aux paragraphes 5 et 6 du commentaire de l'article 5 dans le présent projet de texte.

éclaircissements sur leur offre). Toutefois, cette exception est soumise à une condition: immédiatement après que l'information est communiquée, confirmation de la communication doit être donnée au destinataire sous une forme prescrite au paragraphe 1 de l'article (à savoir, une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible et puisse être consultée). Cette condition est essentielle pour assurer la transparence, l'intégrité et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché. Cependant, il peut être difficile en pratique d'en vérifier et d'en imposer le respect. Aussi l'État adoptant souhaitera-t-il peut-être limiter l'application de l'exception prévue au paragraphe 2 uniquement aux situations où elle est strictement nécessaire[8]. Le recours excessif à cette exception pourrait être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme.

5. Conformément à l'approche générale adoptée dans la Loi type selon laquelle l'entité adjudicatrice est chargée de la conception de la procédure de passation, le paragraphe 3 de l'article donne le droit à l'entité adjudicatrice d'insister sur l'utilisation d'une forme et de moyens de communication particuliers, ou d'une combinaison d'entre eux, au cours de la passation de marché, sans avoir à justifier son choix. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne disposent pas d'un tel droit mais, conformément au chapitre VIII de la Loi type, ils peuvent contester la décision de l'entité adjudicatrice à cet égard. L'exercice de ce droit par l'entité adjudicatrice est soumis à un certain nombre de conditions visant à faire en sorte que les entités adjudicatrices n'aient pas recours à certaines technologies et à certains procédés à des fins discriminatoires ou à d'autres fins d'exclusion, par exemple pour empêcher ou entraver l'accès à la passation de certains fournisseurs et entrepreneurs.

6. Pour assurer la prévisibilité ainsi que des recours, un contrôle et un audit appropriés, le paragraphe 3 de l'article exige que l'entité adjudicatrice spécifie, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, toutes les conditions de forme et tous les moyens de communication pour une passation déterminée. Il est possible de modifier ces conditions par voie d'additif aux informations publiées initialement conformément à l'article 15 de la Loi type. L'entité adjudicatrice doit indiquer clairement si une ou plusieurs formes et moyens de communication peuvent être utilisés et, dans ce dernier cas, quelle forme et quels moyens doivent l'être pour quel stade de la procédure de passation et pour quels types d'informations ou catégories d'informations ou d'actions. Par exemple, des dispositions spéciales peuvent se justifier pour la soumission de dessins techniques complexes ou d'échantillons, ou pour une sauvegarde nécessaire lorsque les données risquent d'être perdues si elles ne sont soumises que sous une seule forme ou avec un seul moyen. L'entité adjudicatrice peut, dès le début d'une passation donnée, envisager qu'elle pourra avoir besoin de changer les conditions de forme et/ou les moyens de communication. Cette situation pourrait se produire par exemple dans les processus de passation relativement longs, notamment les passations de marchés très complexes ou les passations de marchés reposant sur des accords-cadres. En pareil cas, l'entité adjudicatrice, outre qu'elle se réservera la possibilité de modifier les conditions de forme ou les moyens de communication

---

[8] Le Secrétariat demande des orientations pour déterminer si les situations visées par les renvois faits dans le paragraphe 2 de cet article sont toutes strictement nécessaires ou peuvent encore être limitées par l'État adoptant.

lorsqu'elle sollicitera pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation du marché, devra veiller à ce que les garanties énoncées à l'article 7-4 soient respectées lors du choix de toute condition de forme et/ou tout moyen de communication modifié et à ce que tous les intéressés soient promptement avisés du changement. Bien que théoriquement possible, l'utilisation de plusieurs moyens de communication, ou l'indication que les moyens peuvent librement changer pendant la passation, auront des incidences négatives à la fois sur l'efficacité de la procédure de passation et la validité des informations concernant les moyens de communication, de sorte que les entités adjudicatrices devraient envisager d'utiliser uniquement les moyens de communication et les changements qui soient justifiables et jugés appropriés pour la passation concernée.

7. Pour faire du droit d'accès à la procédure de passation d'un marché en vertu de la Loi type un droit effectif, le paragraphe 4 de l'article exige que les moyens spécifiés conformément au paragraphe 3 de l'article soient facilement utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. S'agissant des moyens à utiliser pour tenir une réunion, il exige en outre de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de participer pleinement et en direct à la réunion. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion ont la possibilité de suivre en temps réel tout le déroulement de la réunion et de communiquer avec d'autres participants si nécessaire. La condition posée au paragraphe 4 de l'article, selon laquelle les moyens mentionnés au paragraphe 3 doivent être "utilisables avec ceux couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs", suppose une connectivité et une interopérabilité (c'est-à-dire la capacité pour les systèmes de bien fonctionner ensemble) efficaces et abordables de manière à assurer l'accès à la procédure sans restriction. En d'autres termes, tout fournisseur ou entrepreneur potentiel devrait pouvoir participer à la procédure de passation de marché avec un matériel simple et couramment utilisé ainsi qu'un savoir-faire technique de base. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que les systèmes d'information des entités adjudicatrices doivent être interopérables avec ceux de chaque fournisseur ou entrepreneur. Mais, si le moyen choisi par l'entité adjudicatrice implique l'utilisation de systèmes d'information qui ne sont pas généralement disponibles, faciles à installer (si nécessaire), ni assez simples à utiliser et/ou dont le prix est excessif par rapport à l'utilisation envisagée, ils ne peuvent être considérés comme répondant à la condition d'être "couramment utilisés" dans le cadre d'une passation déterminée en vertu du paragraphe 4 de l'article. (L'expression "système d'information" ou "système" couvre dans ce contexte toute la gamme des moyens techniques utilisés dans les communications. Selon la situation de fait, elle pourrait désigner un réseau, des applications et des normes de communication et, dans d'autres cas, des technologies, du matériel, des boîtes aux lettres ou des outils.)

8. Ce paragraphe ne vise pas à faciliter l'accès à la passation des marchés publics en général mais plutôt à une passation de marché spécifique. L'entité adjudicatrice doit décider au cas par cas des moyens de communication qui pourraient être appropriés pour chaque type de passation. Par exemple, le niveau de pénétration de certaines technologies, applications et moyens de communication associés peut varier selon les secteurs d'une économie donnée. En outre, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de facteurs tels que la couverture géographique envisagée pour la passation, la couverture et la capacité de l'infrastructure du système d'information

du pays, le nombre et le degré de complexité des formalités et procédures à accomplir pour que les communications aient lieu, les connaissances informatiques attendues des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels ainsi que les coûts et le temps requis. Lorsque la participation à la procédure de passation n'est pas limitée par des critères de nationalité, l'entité adjudicatrice doit également évaluer l'impact des moyens spécifiés sur l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers. Toutes les conditions pertinentes d'accords internationaux devraient également être prises en compte. Une approche pragmatique, axée sur l'obligation de ne pas restreindre l'accès des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels à la passation de marché en question, permettra à l'entité adjudicatrice de déterminer si les moyens choisis sont effectivement "couramment utilisés" dans le cadre d'un marché spécifique et par conséquent s'ils répondent à la condition énoncée dans le paragraphe.

9. À une époque où les progrès techniques sont rapides, de nouvelles technologies peuvent voir le jour et, pendant un certain temps, n'être pas suffisamment accessibles ou utilisables (que ce soit pour des raisons techniques, de coût ou autres). L'entité adjudicatrice doit chercher à éviter les situations où l'utilisation d'un moyen de communication déterminé dans une procédure de passation de marché pourrait conduire à une discrimination entre les fournisseurs ou entrepreneurs. Par exemple, le choix exclusif d'un seul moyen pourrait profiter à certains fournisseurs ou entrepreneurs plus habitués à en faire usage au détriment des autres. Des mesures doivent être élaborées pour empêcher tout effet discriminatoire possible (par exemple, en dispensant une formation ou en accordant des délais plus longs pour permettre aux fournisseurs de se familiariser avec les nouveaux systèmes). L'État adoptant pourra considérer que les procédés traditionnels, comme ceux basés sur des supports papier, doivent être maintenus dans un premier temps lorsque de nouveaux procédés sont introduits, et peuvent ensuite être retirés progressivement, pour permettre le passage à de nouveaux procédés.

10. Les dispositions de la Loi type ne font pas de distinction entre les systèmes d'information exclusifs ou non exclusifs pouvant être utilisés par les entités adjudicatrices. Tant qu'ils sont interopérables avec ceux d'usage courant, leur utilisation est conforme aux conditions du paragraphe 4. Néanmoins, l'État adoptant souhaitera peut-être veiller à ce que les entités adjudicatrices examinent avec soin dans quelle mesure les systèmes exclusifs, uniquement conçus pour être utilisés par elles, pourraient comporter des solutions techniques différentes et incompatibles avec ceux d'usage courant. Ces systèmes peuvent exiger des fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils adoptent ou convertissent leurs données à un format déterminé. L'accès de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiels, en particulier de petites entreprises, à la passation de marché peut ainsi être bloqué ou leur participation découragée en raison de difficultés supplémentaires ou de coûts plus élevés. De fait, les fournisseurs ou entrepreneurs n'utilisant pas les mêmes systèmes d'information que l'entité adjudicatrice seraient exclus, ce qui ferait courir des risques de discrimination entre les fournisseurs et entrepreneurs et augmenterait le risque d'irrégularités. L'utilisation de systèmes qui auraient un effet fortement négatif sur la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la passation de marché serait incompatible avec les objectifs de la Loi type et du paragraphe 4 de son article 7.

11. D'un autre côté, le recours à des systèmes d'information standard facilement accessibles au public, faciles à installer, relativement simples à utiliser et offrant un

choix maximal peut favoriser et encourager la participation des fournisseurs ou entrepreneurs au processus de passation et réduire les risques de discrimination entre eux[9]. Ces systèmes sont également mieux adaptés au secteur public lui-même car ils permettent aux acheteurs publics d'utiliser des systèmes d'information qui ont fait leurs preuves au quotidien sur le marché commercial, de les harmoniser avec un réseau plus large de partenaires commerciaux potentiels et d'éviter d'être captifs de prestataires tiers de systèmes d'information exclusifs, qui peuvent exiger des licences ou redevances rigides. Ils sont en outre faciles à adapter au profil de l'utilisateur, ce qui peut être important par exemple pour ajuster les systèmes aux langues locales ou pour intégrer des solutions multilingues, et extensibles à l'ensemble des systèmes d'information des organismes publics à un faible coût. Ce dernier point peut être essentiel dans le cadre plus large de réformes de la gouvernance publique impliquant l'intégration de systèmes d'information internes de différents organismes publics.

[suite dans le document A/CN.9/731/Add.2]

[9] Certains experts émettent des doutes sur cette affirmation.

A/CN.9/731/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 7 (suite du document A/CN.9/731/Add.1) à 15 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

Article 7. Communications dans la passation des marchés

[suite du document A/CN.9/731/Add.1]

12. La Loi type n'aborde pas la question des droits d'accès et d'utilisation des systèmes d'information de l'entité adjudicatrice. Cette question est laissée à l'État adoptant, qui décide en tenant compte des circonstances locales. Ces circonstances peuvent évoluer dans le temps et influer sur la politique de l'État adoptant en la matière. L'État adoptant devrait évaluer avec soin dans quelle mesure une redevance influe sur l'accès des fournisseurs et entrepreneurs au marché, afin de préserver les objectifs de la Loi type tels que favoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation, ainsi que promouvoir la concurrence. Dans l'idéal, aucune redevance ne devrait être demandée pour l'accès aux systèmes d'information de l'entité adjudicatrice et leur utilisation. S'il en est demandé une, elle devrait être transparente, justifiée, raisonnable et proportionnée, et ne devrait entraîner aucune discrimination ni restriction en ce qui concerne l'accès à la procédure de passation.

13. L'objectif du paragraphe 5 de l'article (qui exige des mesures appropriées garantissant l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations) est de renforcer la confiance des fournisseurs et entrepreneurs dans la fiabilité de la procédure de passation, notamment pour ce qui est du traitement des informations commerciales. Cette confiance dépendra du sentiment qu'auront les utilisateurs que des garanties appropriées existent pour ce qui est de la sécurité du système d'information utilisé, de la préservation de l'authenticité et de l'intégrité des

informations transmises au moyen de ce système et d'autres facteurs dont chacun fait l'objet de différents règlements et solutions techniques. D'autres aspects et branches du droit entrent en jeu, en particulier ceux touchant le commerce électronique, la gestion des dossiers, la procédure judiciaire, la concurrence, la protection des données et la confidentialité, la propriété intellectuelle et les droits d'auteur. La Loi type et les règlements en matière de passation des marchés pouvant être adoptés conformément à l'article 4 de la Loi type ne représentent par conséquent qu'une petite partie du cadre législatif pertinent. En outre, la fiabilité de la procédure de passation devrait être abordée dans un cadre général de bonne gouvernance traitant des questions de personnel, de gestion et d'administration dans l'entité adjudicatrice et dans l'ensemble du secteur public.

14. Les solutions techniques et juridiques visant à garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité peuvent varier selon les circonstances et les contextes. En les élaborant, il convient de tenir compte de leur efficacité mais aussi de l'effet discriminatoire ou anticoncurrentiel qu'elles pourraient avoir, notamment dans le contexte international. L'État adoptant doit s'assurer au moins que les systèmes sont configurés de manière à pouvoir y effectuer un examen et un audit indépendants et en particulier vérifier quelles informations ont été transmises ou rendues disponibles, par qui et quand, y compris la durée de la communication, et que le système peut reconstituer la suite des événements. Le système doit offrir une protection suffisante contre toute action non autorisée visant à perturber le cours normal d'une procédure de passation des marchés publics. Il faut mettre en place des technologies permettant d'atténuer le risque de perturbations d'origine humaine ou autre. Pour renforcer la confiance dans la procédure de passation et la transparence de celle-ci, les mesures de protection pouvant avoir des incidences sur les droits et obligations des fournisseurs et entrepreneurs potentiels devraient être précisées à ces derniers dès le début de la procédure de passation ou portées à la connaissance du public. Le système doit garantir aux fournisseurs et entrepreneurs l'intégrité et la sécurité des données qu'ils soumettent à l'entité adjudicatrice et la confidentialité des informations qui devraient être traitées comme confidentielles et leur garantir également que les informations qu'ils soumettent ne seront pas utilisées de manière inappropriée. Une autre question liée à la confiance est celle de la propriété des systèmes et de l'appui qui leur est fourni. Toute intervention de tiers doit être traitée avec soin afin que les arrangements pris n'ébranlent pas la confiance des fournisseurs et entrepreneurs ni du public en général dans la procédure de passation. (D'autres points intéressant les dispositions de l'article 7 sur la forme et les moyens de communication sont examinés dans le commentaire des articles 39 et 41 du présent Guide.)[1]

15. Outre les exigences concernant la forme et les moyens de communication, cet article traite des mesures et prescriptions que l'entité adjudicatrice peut imposer dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées pour assurer la protection de ces informations au niveau requis. Les dispositions en ce sens se trouvent au paragraphe 3 b). Par exemple, il est courant, dans une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées, que ces

[1] Le texte ci-dessus et le commentaire se rapportant à d'autres dispositions pertinentes de la Loi type pourraient devoir être modifiés compte tenu de l'évolution survenue récemment dans le domaine du commerce électronique, en particulier en ce qui concerne la gestion de l'identité, qui pourrait être portée à l'attention de la CNUDCI.

informations figurent dans un appendice au dossier de sollicitation, qui n'est pas rendu public. Toute mesure de cet ordre, toute autre exception aux règles de transparence de la Loi type ou toute autre mesure destinée à protéger des informations classifiées doit être signalée au début de la passation, conformément au paragraphe 3 de cet article. (Pour la définition de l'expression "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées" et le commentaire s'y rapportant, voir l'article 2 j).)

16. Il convient d'établir une distinction entre les mesures et prescriptions visées au paragraphe 3 b) et les mesures visées au paragraphe 5 de cet article. Ces dernières font référence aux conditions et mesures générales s'appliquant à toute passation, qu'elle mette ou non en jeu des informations classifiées, alors que le paragraphe 3 b) concerne les exigences et mesures techniques auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent se conformer pour assurer l'intégrité des informations classifiées, telles que les exigences de cryptage. Elles permettraient à l'entité adjudicatrice de préciser par exemple le niveau de l'agent chargé de recevoir les informations concernées. Ces prescriptions et mesures ne seraient autorisées par les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant que dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées et seulement pour ce type d'informations, à l'exclusion des autres informations que l'entité adjudicatrice pourrait choisir de protéger à sa discrétion.

[Il est prévu d'inclure une liste de toutes les règles de transparence de la Loi type auxquelles une dérogation peut se justifier dans le cas d'une passation de marché mettant en jeu des informations classifiées.]

Article 8. Participation des fournisseurs ou entrepreneurs

1. L'article 8 précise les motifs pour lesquels l'entité adjudicatrice peut restreindre la participation de certaines catégories de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché (par. 1 et 2) et prévoit les garanties procédurales qui entrent en jeu lorsqu'une telle restriction est imposée (par. 3 à 5). Toute restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation restreint les échanges et peut contrevenir aux engagements pris par les États dans le cadre des instruments internationaux pertinents tels que [l'AMP de l'OMC].

2. Les paragraphes 1 et 2 précisent que les motifs de restriction de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation de marché se limitent à ceux qui figurent dans les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Alors que le paragraphe 1 concerne la restriction au motif de la nationalité, le paragraphe 2 est ouvert en ce qui concerne la nature du motif pouvant se trouver dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Les politiques socioéconomiques de l'État adoptant peuvent comporter des restrictions fondées sur les motifs énoncés dans l'un ou l'autre de ces paragraphes mais les dispositions elles-mêmes ne se limitent pas aux questions socioéconomiques: d'autres questions intéressant l'État, telles que la sûreté et la sécurité, peuvent justifier ces restrictions.

3. Le paragraphe 1 ne vise pas uniquement la "passation de marché national" au sens où seuls les fournisseurs ou entrepreneurs nationaux, tels que définis par l'État adoptant, seraient autorisés à participer à la procédure de passation (la passation de marché national éteignant l'obligation de sollicitation internationale visée à l'article 32). Il peut s'agir de la passation d'un marché international dont seules certaines nationalités sont exclues, par exemple lorsque le droit international public impose à l'État adoptant d'éviter de traiter avec des personnes d'un État faisant l'objet de sanctions internationales.

4. Le paragraphe 2 vise les situations où la restriction de la participation à la procédure de passation se fonde entièrement ou partiellement sur d'autres motifs, telles que la mise en œuvre de programmes réservés aux petites et moyennes entreprises ou aux entreprises de zones défavorisées. Il peut s'appliquer comme le paragraphe 1 à la passation de marchés nationaux (par exemple une passation ouverte uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs des régions défavorisées du même État), ou à la passation de marchés internationaux limitée à certains groupes de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple les personnes handicapées)[2].

5. Si l'entité adjudicatrice se fonde sur un des motifs prévus dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation pour restreindre la participation à une procédure de passation, le paragraphe 3 lui impose de faire une déclaration en ce sens au début de la procédure. Cette déclaration doit être publiée de la même manière et au même endroit que les informations originales concernant la procédure de passation, telles que l'invitation à participer à la procédure (par exemple à la préqualification ou à l'enchère) ou l'avis de passation de marché visé à l'article 33, et en même temps que celles-ci. Pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs ou entrepreneurs, cette déclaration ne peut être modifiée ultérieurement.

6. Les paragraphes 4 et 5 contiennent d'autres garanties procédurales. Le paragraphe 4 impose à l'entité adjudicatrice de verser au procès-verbal les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier sa décision, en indiquant en particulier la source juridique du motif invoqué pour restreindre la participation. Le paragraphe 5 dispose que la même information doit être fournie à tout membre du public qui en fait la demande.

(Voir aussi les paragraphes ... de la première partie du Guide.)

Article 9. Qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

1. Cet article vise à: dresser une liste exhaustive de critères que l'entité adjudicatrice peut utiliser pour évaluer les qualifications des fournisseurs ou

---

[2] Il a été suggéré au sein du Groupe de travail que le Guide souligne que cet article vise des mesures clairement discriminatoires autorisées par les règlements en matière de passation des marchés et d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, mais que dans la pratique certaines mesures peuvent avoir un effet involontaire tout aussi discriminatoire à l'égard des fournisseurs ou entrepreneurs, que ce soit sur le plan national ou international (par exemple, imposer l'utilisation de la langue parlée uniquement par la minorité au pouvoir dans un État, ou des exigences techniques reflétant des normes en usage dans une seule région du pays ou un seul pays de la région) (voir A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.1, note 47). Il convient de préciser à quel endroit du Guide figurerait cette déclaration.

entrepreneurs à tous les stades de la procédure de passation de marché (par. 2); réglementer d'autres conditions et procédures qu'elle peut imposer à cette fin (par. 3 à 7); et énumérer les motifs de disqualification (par. 8). Ces dispositions visent à limiter la possibilité pour les entités adjudicatrices de formuler des exigences ou des critères trop stricts concernant les qualifications et de limiter en les appliquant le nombre de participants, aux fins notamment de réduire leur propre charge de travail.

2. Cet article vise également à empêcher que la procédure de qualification ne soit détournée pour restreindre l'accès au marché au moyen de barrières cachées (que ce soit au niveau national ou international). Des exigences concernant des licences particulières, des diplômes peu courants, une présence en personne ou une expérience appropriée peuvent se justifier dans le cas d'une passation donnée ou être le signe d'une tentative de fausser la participation en faveur d'un fournisseur ou entrepreneur ou d'un groupe de fournisseurs ou entrepreneurs. Les dispositions sont donc souples et le risque d'utilisation malveillante est atténué par les dispositions du paragraphe 2 sur la transparence, qui permettent d'évaluer la pertinence d'exigences données. Il serait particulièrement préoccupant que des exigences superflues utilisées de manière occulte pour limiter la participation des fournisseurs étrangers créent directement ou indirectement une discrimination à leur encontre (si par exemple la restriction autorisée en vertu de l'article 8 n'est pas explicitement invoquée, comme l'explique le commentaire des paragraphes 2 e) et 6, ci-après).

3. Comme il est dit au paragraphe 1 de cet article, les dispositions de celui-ci peuvent s'appliquer à tous les stades de la procédure de passation de marché. L'évaluation des qualifications peut se faire: i) au début de la procédure, lors de la préqualification visée à l'article 17 ou de la présélection visée à l'article 48-3; ii) lors de l'examen des soumissions (voir par exemple l'article 42-3 a), qui dispose qu'une offre peut être rejetée au motif que le fournisseur n'est pas qualifié): iii) à tout autre moment de la procédure de passation où les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés sont priés de justifier à nouveau de leurs qualifications (voir le paragraphe 8 d) de cet article et le commentaire au paragraphe ... ci-après); et iv) à la fin de la procédure de passation, lorsque seules les qualifications du fournisseur ou entrepreneur retenu sont évaluées (voir art. 56-2) ou lorsqu'il est prié de justifier à nouveau de ses qualifications (art. 42-6).

4. L'évaluation des qualifications au début de la procédure, à la préqualification ou à la présélection, peut s'avérer utile pour certaines passations mais peut aussi avoir pour effet de limiter la concurrence et l'entité adjudicatrice ne doit donc y recourir qu'en cas de nécessité: la Loi type encourage une concurrence ouverte à moins qu'il n'y ait une raison de limiter la participation. Les dispositions du chapitre VIII de la Loi type permettent de contester les décisions de disqualification rendues au début de la procédure de passation mais seulement si le recours est soumis avant la date limite de présentation des soumissions. Ce délai limité, assorti de dispositions plus strictes sur la suspension de la procédure de passation, garantit que la procédure de passation ne sera pas perturbée aux stades ultérieurs pour des motifs sans rapport avec ceux-ci.

5. Le paragraphe 2 énumère les critères de qualification pouvant être utilisés dans le processus. Ces critères doivent être pertinents et appropriés par rapport à l'objet du marché. L'entité adjudicatrice ne doit pas appliquer l'ensemble des critères énumérés au paragraphe 2 mais se limiter à ceux qui sont appropriés aux fins de la passation considérée. Elle doit préciser dans les dossiers de préqualification, de

présélection et de sollicitation les critères qui seront utilisés, ce qui permet d'évaluer leur pertinence mais aussi de les contester avant la conclusion du marché.

6. L'exigence du paragraphe 2 a) selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent avoir les "équipements et autres moyens matériels nécessaires" ne vise pas à restreindre la participation des petites et moyennes entreprises à la passation des marchés publics. Souvent, ces entreprises ne possèdent pas elles-mêmes les équipements et moyens nécessaires mais peuvent cependant s'assurer que leurs sous-traitants ou leurs partenaires les mettront à leur disposition aux fins de l'exécution du marché.

7. Au paragraphe 2 b), la mention des "autres" normes vise à indiquer que l'entité adjudicatrice devait être en droit de s'assurer, par exemple, que les fournisseurs ou entrepreneurs ont toutes les assurances requises et d'imposer une habilitation en matière de sécurité ou de tenir compte des aspects environnementaux, si nécessaire. Les normes environnementales en particulier pouvant avoir pour effet d'exclure des fournisseurs étrangers (si elles varient d'une région à l'autre), l'État adoptant voudra peut-être formuler des règles ou des orientations sur l'application de ces normes afin que les entités adjudicatrices puissent les appliquer sans s'exposer à des procédures de recours. Il s'agit ici des normes et processus généralement appliqués par les fournisseurs ou entrepreneurs et non des caractéristiques environnementales de l'objet du marché (qui font l'objet du commentaire des articles 10 et 11 ci-dessous)[3].

8. Il convient d'appliquer le paragraphe 2 e) en ayant à l'esprit l'effet discriminatoire qu'il pourrait avoir sur les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers ne disposant pas d'une présence permanente (filiale, bureau de représentation ou succursale) dans l'État adoptant. Les fournisseurs étrangers ne seront généralement pas tenus de payer des impôts ou des cotisations sociales dans l'État adoptant; l'article 8 interdit à l'entité adjudicatrice d'imposer des conditions autres que celles prévues dans les règlements en matière de passation des marchés ou dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant, et qui auraient pour effet d'empêcher les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer à la passation.

9. Le paragraphe 2 f) de l'article 9 fait référence à la disqualification de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la suite d'une procédure administrative de suspension ou d'exclusion. Une telle procédure administrative – dans laquelle le fautif présumé devrait bénéficier du droit à une procédure régulière et notamment de la possibilité de réfuter les accusations – est couramment utilisée pour suspendre ou exclure des fournisseurs ou entrepreneurs reconnus coupables d'une faute (états financiers faux ou trompeurs, fraude...). Il est à noter que la Loi type laisse à l'État adoptant le soin de fixer la période durant laquelle une infraction pénale telle que celles visées au paragraphe 2 f) devrait priver un fournisseur ou entrepreneur de la possibilité d'entrer en ligne de compte pour un marché[4].

---

[3] Il convient peut-être d'inclure ici l'examen des programmes réservés et de préciser notamment qu'ils sont considérés comme moins efficaces que les préférences puisqu'ils n'encouragent pas le développement local. Les considérations pertinentes sont soulevées dans le projet de première partie du Guide (voir en particulier les paragraphes 97 à 103 du document A/CN.9/WG.I/WP.77/Add.2).

[4] Il a été suggéré à la dix-septième session du Groupe de travail que le Guide mentionne les lignes directrices de la Banque mondiale relatives aux procédures d'exclusion (A/CN.9/687, par. 50). Il

10. Le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice d'exiger des fournisseurs ou entrepreneurs les pièces ou autres renseignements pertinents prouvant qu'ils satisfont aux critères figurant dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Il peut s'agir de rapports annuels vérifiés (attestant de ressources financières), d'inventaires d'équipements et autres moyens matériels, d'autorisations à entreprendre certains types d'activités ou de certificats de conformité aux normes applicables, confirmant leur capacité juridique. En fonction de l'objet du marché et du stade de la procédure de passation auquel les critères de qualification sont évalués, une simple déclaration du fournisseur ou entrepreneur peut suffire. Une telle déclaration peut suffire par exemple à l'ouverture d'une enchère électronique inversée en tant que procédure autonome s'il est prévu que les qualifications du fournisseur retenu seront vérifiées par rapport aux critères applicables après l'enchère. Les exigences concernant les pièces ou autres renseignements pertinents doivent s'appliquer de manière égale à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et se justifier objectivement compte tenu de l'objet du marché (voir par. 4 et 6 de l'article).

11. Le paragraphe 4 dispose que l'ensemble des critères et conditions concernant l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs doivent être énoncés dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Dans certains pays, des conditions de qualification standard se trouvent dans les règlements en matière de passation de marchés et les dossiers de qualification, de présélection ou de sollicitation peuvent simplement renvoyer à ces règlements. Aux fins de la transparence et de l'égalité de traitement, la Loi type exige que toutes les exigences figurent dans les documents pertinents; ceux-ci peuvent toutefois satisfaire aux exigences du paragraphe 4 en renvoyant aux conditions de qualification figurant dans des textes juridiques transparents et aisément disponibles (par exemple au moyen d'hyperliens).

12. Le paragraphe 6 interdit toute mesure qui pourrait avoir un effet discriminatoire dans l'évaluation des qualifications ou ne se justifie pas objectivement, à moins qu'elles ne soient expressément autorisées par la législation de l'État adoptant. Malgré cette interdiction dans la Loi type, certaines mesures pratiques telles que le choix de la langue, bien que justifiables objectivement, peuvent conduire à des discriminations à l'encontre de fournisseurs ou d'entrepreneurs ou de certaines catégories d'entre eux.

13. Afin de faciliter la participation d'entrepreneurs et fournisseurs étrangers, le paragraphe 7 interdit d'imposer des conditions concernant l'authentification[5] des pièces fournies à l'appui des qualifications à d'autres fournisseurs ou entrepreneurs que celui qui a présenté la soumission retenue. Ces exigences doivent être prévues dans la législation de l'État adoptant concernant l'authentification des documents de ce type. Cet article n'exige pas l'authentification de tous les documents fournis par le fournisseur ou entrepreneur gagnant. Au contraire, il reconnaît que les États ont

---

convient d'examiner cette suggestion à la lumière des délibérations que le Groupe de travail a tenues à sa vingtième session quant à savoir dans quelle mesure il était souhaitable de faire référence dans le Guide à la réglementation des banques multilatérales de développement sur diverses questions liées à la passation des marchés.

[5] Il convient d'envisager la nécessité d'inclure ici une explication du terme "authentification".

une législation en la matière et pose le principe qu'aucune formalité supplémentaire ne devrait être imposée en ce qui concerne la procédure de passation de marchés.

14. Le paragraphe 8 d) prévoit que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés seront confirmées à un stade ultérieur de la procédure de passation, tel que l'examen des soumissions. L'entité adjudicatrice peut ainsi s'assurer que les renseignements fournis par un fournisseur ou entrepreneur en vue de la qualification au moment de la présélection restent valables et exacts. Les conditions de procédure visent à garantir à la fois les intérêts des fournisseurs et entrepreneurs, qui devront être traités équitablement, et de l'entité adjudicatrice, qui ne conclura de marché qu'avec un fournisseur ou entrepreneur qualifié. Dans la plupart des passations de marchés (sauf peut-être les passations longues et complexes à phases multiples), l'application de ces dispositions devrait se limiter au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir, comme le prévoient les articles 42-6, 42-7 et 56-2 de la Loi type.

Article 10. Règles concernant la description de l'objet du marché et les conditions du marché ou de l'accord-cadre[6]

1. L'article 10 souligne qu'il importe que l'objet du marché soit décrit de manière claire, précise, complète et objective dans le dossier de préqualification ou de présélection et dans le dossier de sollicitation. Une description ainsi faite encourage la participation des fournisseurs et entrepreneurs à la procédure de passation; elle leur permet de formuler et de présenter des soumissions répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et de prévoir les risques et les coûts de leur participation à la procédure de passation et de l'exécution du marché ou de l'accord-cadre, et donc de proposer les prix et conditions les plus avantageux. De plus, une description bien préparée de l'objet du marché permet d'évaluer et de comparer les offres sur une même base, ce qui est une des exigences fondamentales de la méthode de l'appel d'offres. Elle favorise en outre la transparence et réduit les risques d'actes ou décisions erronés, arbitraires ou abusifs de la part de l'entité adjudicatrice. En outre, l'application de la règle selon laquelle la description de l'objet du marché devrait être formulée de manière à ne favoriser aucun fournisseur ou entrepreneur augmentera la probabilité qu'un plus grand nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs puisse répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice, ce qui facilitera le recours à une méthode de passation des marchés aussi compétitive que les circonstances le permettent (et aidera en particulier à limiter le recours abusif à la sollicitation d'une source unique).

2. Les exigences minimales mentionnées au paragraphe 1 visent également à couvrir les seuils prévus dans les dispositions régissant la procédure de demande de propositions. La référence du paragraphe 4 aux caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou aux caractéristiques de performance peut également

---

[6] Il convient peut-être d'enrichir le commentaire de cet article et d'y examiner en particulier les questions suivantes: l'expression "ou l'équivalent"; l'utilisation de spécifications de performance ou de spécifications techniques dans la demande de propositions, dans les méthodes de passation fondées sur l'appel d'offres, et les avantages et inconvénients des deux approches; et la manière d'atteindre les objectifs de l'évaluation comparative par exemple lorsque plusieurs conceptions sont proposées.

inclure des caractéristiques relevant de la protection de l'environnement ou d'autres politiques socioéconomiques de l'État adoptant[7].

3. Conformément au paragraphe 4 de cet article, un nom de marque ne devrait être mentionné dans une sollicitation qu'en cas d'absolue nécessité et la sollicitation devrait alors préciser les caractéristiques principales de l'objet recherché et indiquer expressément que l'article portant le nom de marque "ou l'équivalent" peut être proposé.

4. Dans certains pays, des pratiques exigeant que le dossier de préqualification ou de présélection et le dossier de sollicitation indiquent la source servant de référence aux termes techniques employés (telle que le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV)) se sont avérées utiles.

Article 11. Règles concernant les critères et procédures d'évaluation

1. Cet article énonce les exigences régissant la formulation, la communication et l'application des critères d'évaluation par l'entité adjudicatrice. Les règles principales énoncées aux paragraphes 1 à 6 de cet article sont qu'à l'exception de quelques critères énumérés au paragraphe 4, tous les critères d'évaluation appliqués par l'entité adjudicatrice doivent avoir un lien avec l'objet du marché (voir par. 1). Cette exigence vise à assurer l'objectivité du processus et à éviter que la procédure ne soit faussée au moyen de critères qui favoriseraient un fournisseur ou entrepreneur ou un groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Les dispositions sont souples (elles n'énoncent pas une liste exhaustive de critères)[8] afin de permettre à l'entité adjudicatrice d'adapter les critères aux circonstances de la passation de marché. Comme on l'a dit plus haut à propos des critères de qualification, les mécanismes de transparence accompagnant les exigences de fond – selon lesquels seuls les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation peuvent être utilisés pour évaluer les soumissions et déterminer quelle est la soumission à retenir – visent à permettre d'évaluer l'objectivité du processus et, si nécessaire, de former un recours[9].

2. Le principe énoncé au paragraphe 1 selon lequel les critères d'évaluation doivent avoir un lien avec l'objet du marché est fondamental pour garantir le meilleur rapport qualité-prix et juguler les abus. Il contribue également à différencier les critères à appliquer en vertu du paragraphe 2 de cet article des

---

[7] Il a été suggéré au sein du Groupe de travail que le Guide explique la manière dont les facteurs socioéconomiques peuvent être pris en compte dans la description de l'objet du marché et l'établissement des conditions du marché ou d'un accord-cadre. Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur la portée du commentaire, qui pourrait porter par exemple sur l'utilisation d'exigences appropriées et pertinentes par référence aux normes nationales, afin d'éviter que la souplesse à cet égard ne puisse ponctuellement donner lieu à une utilisation abusive, sur l'interaction des exigences socioéconomiques pouvant s'appliquer aux articles 9, 10 et 11 et sur l'utilisation des mécanismes de transparence aux fins de l'objectivité du processus. Voir aussi les indications se rapportant aux articles 9 et 11.

[8] La section du Guide expliquant les révisions apportées au texte de 1994 devra indiquer qu'on s'est écarté de l'approche consistant à fournir la liste complète des critères d'évaluation dans la Loi type (voir article 34-4 de la Loi type de 1994).

[9] Ce paragraphe devra peut-être être enrichi, notamment par des exemples.

critères exceptionnels ne pouvant être appliqués qu'en vertu du paragraphe 4 de l'article, comme il est expliqué au paragraphe ... ci-dessous.

3. Le paragraphe 2 énonce une liste indicative de critères d'évaluation, étant entendu que tous les critères ne s'appliqueront pas à l'ensemble des situations et qu'il serait impossible de dresser une liste exhaustive de critères d'évaluation pour tous les types de passation de marchés, aussi générale soit leur formulation. L'entité adjudicatrice peut même appliquer des critères d'évaluation sortant des grandes catégories visées au paragraphe 2 à condition qu'ils répondent à l'exigence énoncée au paragraphe 1: avoir un lien avec l'objet du marché. L'État adoptant voudra peut-être prévoir d'autres règles ou orientations afin d'aider les entités adjudicatrices à concevoir des critères d'évaluation appropriés et pertinents.

4. Selon les circonstances de la passation de marché, les critères d'évaluation peuvent être très simples, tels le prix et les critères ayant un lien étroit avec celui-ci (quantités, période de garantie, délai de livraison...) ou très complexes, englobant des considérations socioéconomiques telles que les caractéristiques de l'objet du marché liées à la protection de l'environnement. Le choix de la soumission à retenir sur la base du prix seul est la méthode la plus objective et la plus prévisible mais dans certaines procédures, l'entité ne peut choisir une soumission sur cette seule base ou, quand bien même elle le pourrait, cette solution peut ne pas être appropriée. C'est pourquoi la Loi type permet à l'entité adjudicatrice de retenir "la soumission la plus avantageuse", c'est-à-dire celle retenue sur la base du prix et d'autres critères. Le paragraphe 2 b) et c) donne des exemples de ces critères additionnels. (Le paragraphe 4 énonce d'autres critères possibles sans lien avec l'objet du marché, expliqués plus en détail au paragraphe ... ci-après.) Les critères énoncés au paragraphe 2 c) (expérience, fiabilité et compétence professionnelle et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel intervenant dans la fourniture de l'objet du marché) ne s'appliqueraient que dans le cas d'une procédure de demande de propositions. La raison en est que la procédure de demande de propositions s'utilise traditionnellement pour acquérir des "services de type intellectuel" (notamment dans le domaine de l'architecture, du droit, de la médecine ou du génie civil) pour lesquels l'expérience, la fiabilité et les compétences professionnelles et de gestion des personnes fournissant ce service importent au plus haut point. Il convient de souligner qu'il s'agit ici de critères d'évaluation et non de qualification. Les mêmes caractéristiques pourraient constituer aussi bien des critères de qualification que des critères d'évaluation, mais les premiers sont des exigences minimales, alors que les seconds sont les avantages que l'entité adjudicatrice évalue de manière concurrentielle afin d'attribuer le contrat.

5. L'exigence du paragraphe 3 selon laquelle les critères autres que le prix doivent dans la mesure où cela est faisable être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires vise à permettre une évaluation et une comparaison des soumissions sur une base commune, afin de réduire le risque de décisions arbitraires. L'expression "dans la mesure où cela est faisable" a été incluse compte tenu du fait que dans certaines procédures de passation de marchés, telles que la procédure de demande de propositions avec dialogue (article 48 de la Loi type), il ne serait pas réaliste ni approprié d'exprimer en termes pécuniaires l'ensemble des critères d'évaluation autres que le prix. L'État adoptant voudra peut-être préciser

dans les règlements en matière de passation des marchés comment ces critères doivent être exprimés en termes pécuniaires lorsque cela est faisable.

6. Un groupe spécial de critères autres que le prix comprend ceux énoncés au paragraphe 4, par lesquels l'État adoptant poursuit ses politiques socioéconomiques (voir au [paragraphe] ... ci-dessus la définition de cette expression à l'article 2 n) de la Loi type et le commentaire s'y rapportant). Puisque le paragraphe 4 renvoie à des critères découlant de politiques générales de l'État, il se peut que l'entité adjudicatrice n'ait pas la latitude de décider si elle les prend en considération ou non. Le libellé du paragraphe 4 (autorisent ou exigent) vise donc à couvrir deux situations: celle où les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant laissent l'entité adjudicatrice libre de prendre en compte les critères pertinents et celle où ils l'obligent à le faire. Il est peu probable que ces critères d'application générale soient admis comme critères d'évaluation au sens du paragraphe 2 puisqu'ils sont généralement sans lien avec l'objet du marché. On peut donner comme exemples la manière dont l'entité adjudicatrice peut éliminer les sous-produits d'un processus de fabrication ou compenser les émissions de carbone découlant de la production des biens et services concernés[10].

7. Les critères sont donc énumérés séparément de ceux visés au paragraphe 2. Ils seront moins objectifs et plus discrétionnaires que ceux mentionnés au paragraphe 2 (bien que certains d'entre eux, tels que la marge de préférence visée au paragraphe 4 b), pourraient être quantifiables et s'exprimer en termes pécuniaires comme l'exige le paragraphe 3 de cet article). Pour ces raisons, ces critères devraient être considérés comme exceptionnels, comme le veut l'exigence selon laquelle leur application peut faire l'objet d'une condition distincte – que les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant autorisent ou exigent leur prise en compte. En outre, pour ce qui est des marges de préférence, les règlements en matière de passation des marchés doivent fournir la méthode de calcul. [La méthode de calcul peut consister à appliquer une marge de préférence au prix ou aux facteurs de qualité seulement ou au classement général de la soumission, le cas échéant.][11] Les règlements en matière de passation des marchés envisagés fixant les règles de calcul et d'application de la marge de préférence peuvent également énoncer des critères

---

[10] Il faudra peut-être de plus amples indications concernant en particulier la différence entre le recours aux politiques socioéconomiques comme critère d'évaluation ou aux fins d'imposer des restrictions à la participation à la procédure de passation en vertu de l'article 8, comme critère de qualification en vertu de l'article 9 ou comme critère de conformité en vertu de l'article 10 (dans les trois derniers cas, la capacité de suivre les politiques socioéconomiques sera évaluée comme un critère décisif et non en attribuant des points dans le cadre d'une analyse comparative des soumissions). Il est demandé de fournir des exemples au Secrétariat. Un autre point qu'il faudra peut-être développer est la réalisation d'une politique de concurrence à long terme au moyen des critères d'évaluation et la manière dont les accords-cadres en particulier pourraient compromettre une telle politique en provoquant une concentration du marché (par exemple, le fait que l'attribution du dernier contrat de l'accord-cadre pourrait devenir un critère d'évaluation).

[11] Il faudra peut-être reformuler le texte entre crochets en fonction du libellé définitif des dispositions pertinentes de la Loi type. Par exemple, si la marge de préférence s'applique à l'ensemble de la soumission, y compris le prix, son incidence sur la qualité est moindre que si elle s'applique au "panier" qualité.

permettant de déterminer quels entrepreneurs ou fournisseurs sont “nationaux” et quels biens sont “produits localement” (par exemple sur la base d’une teneur ou d’une valeur ajoutée locale minimale) et de fixer le montant de la marge de préférence, qui peut différer selon que l’objet du marché consiste en biens, travaux ou services. Quant au mécanisme d’application de la marge de préférence, il peut consister par exemple à déduire du prix soumis de l’ensemble des soumissions les droits et taxes d’importation liés à la fourniture des biens ou des travaux et à ajouter aux prix ainsi obtenus autres que ceux des soumissions devant bénéficier de la marge de préférence le montant de la marge ou le droit d’importation effectif si celui-ci est inférieur[12].

8. L’utilisation de critères tels que ceux envisagés au paragraphe 4 a) et des marges de préférence visées au paragraphe 4 b) pour l’évaluation des soumissions pourrait être considérée comme exceptionnelle puisqu’elle risque de nuire à la concurrence et à l’économie dans la passation des marchés et réduire la confiance en cette procédure. Il convient d’être prudent en fournissant une liste élargie de critères autres que les prix conformément au paragraphe 4 a) ou de circonstances dans lesquelles la marge de préférence visée au paragraphe 4 b) peut être appliquée, compte tenu du risque que ces autres critères peuvent représenter pour les objectifs de la passation des marchés. En énonçant ces critères, il convient d’éviter les catégories trop larges, telles que les considérations environnementales. Par exemple, comme l’envisage déjà le paragraphe 2 b) de cet article, certaines considérations environnementales, telles que le niveau des émissions de carbone, sont liées à l’objet du marché (par exemple s’il s’agit d’automobiles) et l’entité adjudicatrice pourrait donc les envisager en vertu du paragraphe 2 b) même si la prise en compte de telles considérations n’est pas spécifiquement autorisée ou exigée par les règlements en matière de passation des marchés ou d’autres dispositions de la législation de l’État adoptant. Si elles ne sont pas ainsi liées à l’objet du marché, elles peuvent toujours être envisagées mais dans le cadre du paragraphe 4 de cet article. Les règlements en matière de passation des marchés et les autres règles ou indications devraient non seulement prévoir les critères mais aussi réglementer ou préciser la manière dont les critères visés au paragraphe 4 devraient être appliqués à une passation donnée pour que cette application se fasse de manière objective et transparente.

9. Comme pour les autres critères d’évaluation, le recours aux critères visés au paragraphe 4 a) ou à la marge de préférence visée au paragraphe 4 b) et leurs modalités d’application doivent être communiqués au préalable dans le dossier de sollicitation conformément aux paragraphes 5 et 6 de cet article. En outre, l’application de tout critère socioéconomique ou de marges de préférence doit figurer au procès-verbal de la procédure de passation de marché et les modalités d’application doivent y être précisées (voir art. 24-1 i) et t)). Ces dispositions sur la transparence sont essentielles pour permettre d’évaluer dans quelle mesure la souplesse conférée par ces articles est utilisée à bon escient; un autre avantage est que le coût d’ensemble de la prise en compte de considérations socioéconomiques

---

[12] Il faudra peut-être préciser i) comment une marge de préférence s’applique généralement en pratique, et les avantages et inconvénients des autres solutions possibles; et ii) le lien entre les dispositions sur les marges de préférence figurant à l’alinéa b) et celles sur les politiques socioéconomiques figurant à l’alinéa a), et en particulier l’effet cumulatif qu’elles pourraient avoir (A/CN.9/713, par. 131). Il est demandé de fournir des orientations au Secrétariat.

peut être comparée avec les avantages qui en découlent. (Voir le paragraphe ... de la première partie du Guide sur les raisons d'appliquer une marge de préférence pour atteindre les objectifs économiques nationaux tout en préservant la concurrence. Voir en outre les paragraphes ... de la première partie du Guide concernant les restrictions que certains traités internationaux et régionaux imposent à leurs États parties en ce qui concerne l'application de critères socioéconomiques aux procédures de passation de marchés, en particulier dans le but d'accorder un traitement préférentiel.)

10. Le paragraphe 5 énonce les informations concernant les critères et procédures d'évaluation qui doivent figurer au minimum dans le dossier de sollicitation. Ces informations minimales sont: i) la base du choix de la soumission à retenir (il peut s'agir de la soumission au prix le plus bas, lorsque l'attribution se fait selon ce critère, ou de la soumission la plus avantageuse, lorsque le prix et d'autres critères sont pris en compte); ii) les critères d'évaluation eux-mêmes; et iii) les modalités d'application de chaque critère et notamment le coefficient de pondération de chaque critère ou, lorsque ce n'est pas possible ou pas pertinent (par exemple dans le cas d'une procédure de demande de propositions avec dialogue (art. 48), où il n'est pas toujours possible d'établir au début de la procédure le coefficient de pondération des critères d'évaluation), une énumération de ces critères par ordre décroissant d'importance. Cette disposition vise à garantir une complète transparence, de sorte que les fournisseurs ou entrepreneurs sauront comment leurs soumissions seront évaluées. Un panier des critères autres que le prix inclura normalement des critères quantifiables et objectifs (tels que les coûts d'entretien) et des éléments subjectifs (par exemple, l'importance relative que l'entité adjudicatrice accorde à une livraison rapide ou à des lignes de production vertes), qui seront tous pris en compte pour former un classement qualitatif global. Pour les passations ne reposant pas sur des négociations, l'entité adjudicatrice doit donc indiquer quel sera le poids des facteurs autres que le prix et quel sera leur poids par rapport au prix. L'importance de définir le niveau de détail approprié des critères d'évaluation est réaffirmée par les dispositions correspondantes des articles régissant la teneur du dossier de sollicitation pour chaque méthode de passation (voir art. 38, 46 et 48).

Article 12. Règles concernant l'estimation de la valeur d'un marché

1. Cet article vise à empêcher l'entité adjudicatrice de manipuler l'estimation de la valeur du marché en la réduisant artificiellement aux fins de limiter la concurrence et de se soustraire à d'autres obligations découlant de la Loi type. Par exemple, l'article 21-3 b) dispense l'entité adjudicatrice de l'obligation d'appliquer un délai d'attente lorsque le prix du marché est inférieur au seuil fixé par l'État adoptant (c'est-à-dire dans le cas d'un marché de faible valeur). L'article 22 dispose que l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de publier un avis d'attribution individuel pour un tel marché. Les articles 17-2 et 32-4 permettent à l'entité adjudicatrice de ne pas publier internationalement l'invitation à participer à une procédure de passation si elle conclut que, compte tenu de la faible valeur de l'objet du marché, seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions. En outre, en vertu de certaines dispositions de la Loi type, la valeur du marché peut avoir une incidence directe sur le choix de la méthode de

passation. Par exemple, l'appel d'offres restreint peut être utilisé de préférence à l'appel d'offres ouvert lorsque le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché (voir art. 28-1 b)). Le recours à la demande de prix (art. 28-2) se justifie dans le cas de biens ou services immédiatement disponibles lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés. Dans tous ces cas, la méthode d'estimation choisie par l'entité adjudicatrice déterminera la valeur du marché, qui peut s'avérer inférieure ou supérieure au seuil fixé. En l'absence de telles dispositions, l'entité adjudicatrice pourrait choisir de scinder le marché au lieu de grouper ses achats dans le but de se soustraire aux règles de transparence ou à l'obligation de recourir à des méthodes de passation plus concurrentielles.

2. Pour éviter toute subjectivité dans le calcul de la valeur du marché et tout comportement anticoncurrentiel et non transparent de la part de l'entité adjudicatrice, le paragraphe 1 pose le principe que celle-ci ne peut fractionner le marché ni utiliser une méthode d'évaluation particulière dans le but de limiter la concurrence ou de se soustraire aux obligations énoncées dans la Loi. L'interdiction vise donc directement i) toute fragmentation d'un marché ne se justifiant pas objectivement, et ii) toute méthode d'évaluation réduisant artificiellement la valeur du marché.

3. Le paragraphe 2 exige la prise en compte, pour l'estimation de la valeur du marché, de la valeur totale maximale du marché sur toute sa durée, qu'il soit attribué à un fournisseur ou entrepreneur ou à plusieurs, et de toutes les formes de rémunération (y compris les primes, honoraires, commissions et intérêts). Dans le cas d'un accord-cadre, on se référera donc à la valeur totale maximale de l'ensemble des marchés envisagés. Lorsque la passation prévoit la possibilité d'options, la valeur estimée selon cet article sera la valeur totale maximale estimée du marché, y compris les options.

4. Les estimations doivent avant tout être utilisées par l'entité adjudicatrice à des fins internes. L'entité adjudicatrice doit prendre garde à ne pas communiquer cette information à la légère à des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels parce qu'elle risque de ne pas obtenir le meilleur prix (si l'estimation est supérieure au prix du marché, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient avoir tendance à proposer une soumission aussi proche que possible de celle-ci, au détriment de la concurrence; si elle est inférieure au prix du marché, de bons fournisseurs pourraient choisir de ne pas participer, au détriment de la qualité). Cependant, une interdiction générale de communiquer l'estimation aux fournisseurs ou entrepreneurs ne se justifierait pas. Par exemple, il peut s'avérer nécessaire de communiquer la valeur estimée du marché sur toute la durée de l'accord-cadre pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs parties à celui-ci de stocker l'objet du marché en suffisance pour garantir la sécurité de l'approvisionnement.

Article 13. Règles concernant la langue des documents

1. Cet article vise à définir la langue utilisée dans les documents et communications des procédures de passation menées dans l'État adoptant. Cette disposition est particulièrement utile pour les fournisseurs ou entrepreneurs

étrangers qui, en se fondant sur la loi de l'État adoptant concernant la passation des marchés, pourront calculer les coûts additionnels (de traduction et d'interprétation) qu'ils devront supporter s'ils veulent participer à une procédure de passation dans cet État.

2. Le paragraphe 1 énonce la règle générale selon laquelle les documents relatifs à la procédure de passation publiés par l'entité adjudicatrice doivent être dans la ou les langues officielles de l'État adoptant. L'État adoptant dont la langue officielle n'est pas la langue d'usage courant dans le commerce international peut exiger, en conservant le membre de phrase figurant dans la deuxième parenthèse, que les documents soient aussi publiés dans cette langue en règle générale. Cette exigence permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers de participer plus facilement à la procédure de passation en contribuant à ce que les documents établis par l'entité adjudicatrice leur soient compréhensibles. Si ce membre de phrase est conservé, l'entité adjudicatrice ne pourra déroger à l'exigence supplémentaire qu'en cas de passation de marchés nationaux ou si elle décide, compte tenu de la faible valeur du marché, que seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement participer à la procédure de passation.

3. Dans les États où les dossiers de sollicitation sont publiés dans plus d'une langue, il serait souhaitable d'inclure dans la législation ou la réglementation en matière de passation des marchés une règle disposant qu'un fournisseur ou entrepreneur doit pouvoir fonder ses droits et obligations sur l'une ou l'autre version linguistique. L'entité adjudicatrice pourrait aussi être appelée à préciser dans le dossier de sollicitation que toutes les versions linguistiques ont le même poids.

4. La règle de base énoncée au paragraphe 2 de l'article est que la langue des documents présentés par les fournisseurs ou entrepreneurs en réponse à ceux établis par l'entité adjudicatrice dans une passation donnée doit correspondre à la langue ou à l'une des langues de ces derniers. Ces dispositions n'excluent cependant pas la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'autoriser la présentation de documents dans une autre langue, qu'elle préciserait dans ses documents.

Article 14. Règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de présélection ou des soumissions

1. Cet article vise à réglementer le mode, le lieu et le délai de soumission des principaux documents de la passation de marché par les fournisseurs et entrepreneurs. D'importantes conséquences juridiques peuvent découler du non-respect par les fournisseurs ou entrepreneurs des exigences de l'entité adjudicatrice (telles que l'obligation pour l'entité adjudicatrice de renvoyer une soumission tardive ou non conforme aux conditions de mode ou de lieu (voir par exemple art. 39-3)). Le paragraphe 1 de cet article prévoit donc d'importantes garanties afin que des conditions égales concernant le mode, le lieu et le délai de soumission des documents à l'entité adjudicatrice s'appliquent à tous les fournisseurs ou entrepreneurs et soient précisées dès le début de la procédure de passation dans le dossier de préqualification, de présélection ou de sollicitation, selon le cas. Il convient d'appeler l'attention des fournisseurs ou entrepreneurs sur

toute modification apportée aux documents qui leur ont été fournis. Si ces documents ont été fournis à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'ils pouvaient être téléchargés sur un site Web), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se les procurer.

2. Pour promouvoir la participation et la concurrence, il est important de donner aux fournisseurs et entrepreneurs suffisamment de temps pour préparer leurs demandes ou leurs soumissions. Le paragraphe 2 reconnaît que ce délai peut varier d'un cas à l'autre en fonction de facteurs tels que la complexité du marché, la part de sous-traitance prévue et le délai de transmission des demandes et soumissions. C'est donc à l'entité adjudicatrice qu'il revient de fixer la date limite de soumission des demandes et soumissions en tenant compte des circonstances du marché en question. Un État adoptant voudra peut-être fixer dans les règlements en matière de passation des marchés les délais minimums que l'entité adjudicatrice doit prévoir à cette fin (en particulier si ses engagements internationaux lui imposent de le faire). Il convient de fixer ces délais en tenant compte de chaque méthode de passation, des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international de la passation. Le délai doit être suffisamment long dans les passations de marchés internationales et complexes, en particulier celles où il n'est pas prévu de recourir à des moyens de communication électroniques pour la transmission des informations, afin que les fournisseurs ou entrepreneurs aient suffisamment de temps pour préparer leurs soumissions.

3. Afin de promouvoir la concurrence et l'équité, le paragraphe 3 impose à l'entité d'adjudicatrice de reporter la date limite dans certaines circonstances: premièrement, si des éclaircissements, des modifications ou le procès-verbal d'une réunion de fournisseurs ou entrepreneurs, sont communiqués peu avant la date limite de soumission, et qu'il est donc nécessaire de reporter cette date pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de tenir compte des informations pertinentes dans leurs demandes ou soumissions; et deuxièmement dans les cas visés à l'article 15-3, s'il survient une modification substantielle des informations publiées à l'origine. Une modification touchant le mode, le lieu et la date limite de soumission des documents constitue toujours une modification substantielle, qui oblige l'entité adjudicatrice à reporter la date limite indiquée à l'origine.

4. Le paragraphe 4 autorise l'entité adjudicatrice, sans néanmoins l'y contraindre, à reporter la date limite de présentation des soumissions dans d'autres cas, c'est-à-dire lorsqu'un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent présenter leur soumission dans les délais en raison de circonstances indépendantes de leur volonté[13]. Cette disposition vise à préserver une concurrence suffisante dans des circonstances où une partie importante des intéressés risqueraient de ne pas pouvoir participer.

5. La Loi type ne traite pas la question de la responsabilité potentielle de l'entité adjudicatrice en cas de défaillance de son système automatisé. Des défaillances se produisent inévitablement dans de tels systèmes; lorsque cela se produit, l'entité adjudicatrice détermine si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des soumissions. Les paragraphes 3 et 4 de cet article donnent à l'entité

---

[13] Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur la manière d'éviter que cette latitude donne lieu à des abus et en particulier à du favoritisme.

adjudicatrice suffisamment de souplesse pour reporter la date limite dans de tels cas. L'entité adjudicatrice peut aussi décider que la défaillance du système est telle qu'elle ne peut poursuivre la passation et doit donc annuler la procédure. Les règlements en matière de passation de marchés ou d'autres règles et orientations peuvent fournir davantage de précisions sur les défaillances survenant dans la présentation des soumissions et la répartition des risques. L'entité adjudicatrice doit avoir à l'esprit que les défaillances attribuables à une négligence ou à une faute intentionnelle de sa part ainsi que les décisions qu'elle prend à la suite de la défaillance d'un système automatisé pourraient ouvrir aux fournisseurs et aux entrepreneurs lésés un droit de recours en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

Article 15. Clarification et modification du dossier de sollicitation

1. L'article 15 énonce les procédures de clarification et de modification du dossier de sollicitation destinées à favoriser une conduite efficace et équitable de la procédure de passation. Il importe que l'entité adjudicatrice ait le droit de modifier le dossier de sollicitation de manière à s'assurer que la passation de marché lui permette d'obtenir ce qui est nécessaire à ses besoins. L'article 15 dispose que l'entité adjudicatrice doit communiquer les éclaircissements, les questions qui y ont donné lieu et les modifications à tous les entrepreneurs ou fournisseurs auxquels elle a envoyé le dossier de sollicitation. Il ne suffirait pas de leur permettre d'obtenir ces éclaircissements sur demande, puisqu'ils ne pourraient d'eux-mêmes savoir qu'un éclaircissement a été donné. Cependant, si le dossier de sollicitation a été communiqué à un groupe non défini de fournisseurs ou d'entrepreneurs (par exemple s'il pouvait être téléchargé sur un site Web), toute modification doit au minimum être signalée là où on pouvait se le procurer. L'entité adjudicatrice ne sera tenue de fournir des explications à tel ou tel fournisseur ou entrepreneur que dans la mesure où elle a connaissance de son identité.

2. La règle régissant les éclaircissements vise à garantir que l'entité adjudicatrice répondra suffisamment tôt à une demande d'éclaircissement présentée en temps voulu, pour que l'éclaircissement puisse être pris en compte dans la préparation et la présentation des soumissions. La communication rapide des éclaircissements et des modifications permet également aux fournisseurs ou entrepreneurs d'exercer leur droit de modifier ou de retirer leur offre avant la date limite de présentation des soumissions, par exemple en vertu de l'article 40-3, à moins que ce droit n'ait été supprimé dans le dossier de sollicitation. De même, le procès-verbal des réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs organisées par l'entité adjudicatrice doit être communiqué promptement à ces derniers afin qu'ils puissent également les prendre en compte dans la préparation des soumissions.

3. Le paragraphe 3 traite des situations où, à la suite d'une clarification ou d'une modification apportée au dossier initialement publié, les informations qui y figurent deviennent substantiellement inexactes. L'entité adjudicatrice est alors tenue de publier promptement les informations modifiées au même endroit que les informations originales. Cette exigence de publication s'ajoute à celle du paragraphe 2, selon laquelle les modifications doivent être signalées à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs auxquels le dossier de sollicitation original a été fourni, le cas échéant. Les dispositions du paragraphe 3 rappellent également que

dans de tels cas, l'entité adjudicatrice est tenue de reporter la date limite de présentation des soumissions (voir art. 14-3).

4. Il convient d'établir une distinction entre les situations où, en raison d'une clarification ou d'une modification apportée au dossier de sollicitation original, les informations originales deviennent substantiellement inexactes et celles où survient une modification substantielle de la passation. Par exemple, comme l'indique le commentaire de l'article 14, toute modification concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des soumissions rendra les informations originales substantiellement inexactes, sans nécessairement provoquer de modification substantielle de la passation. Cependant, si une telle modification a une incidence sur le groupe des fournisseurs ou entrepreneurs potentiels (par exemple, si on passe de la présentation des soumissions sur papier à la présentation par voie électronique dans une société où les moyens de communication électroniques ne sont pas répandus), on peut estimer qu'il y a eu "modification substantielle" de la passation. Dans un tel cas, les mesures envisagées au paragraphe 3 de cet article seraient insuffisantes – l'entité adjudicatrice devrait annuler la passation et entamer une nouvelle procédure. Il est également très probable qu'une "modification substantielle" se produise si, à la suite d'une clarification ou d'une modification du dossier de sollicitation original, l'objet du marché a changé au point que le dossier original ne donne plus aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels une idée correcte des exigences réelles de l'entité adjudicatrice.

5. Même si le paragraphe 4 fait référence aux demandes d'éclaircissements présentées lors d'une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs, rien dans la Loi type n'empêche l'entité adjudicatrice d'y rendre compte de demandes d'éclaircissements soumises préalablement et de ses réponses. L'obligation de préserver l'anonymat de l'auteur de la demande s'applique également dans ce cas.

A/CN.9/731/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les articles 16 à 22 du chapitre premier (Dispositions générales) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

Article 16. Garanties de soumission[1]

1. L'article 16 énonce les conditions que doivent remplir les garanties de soumission définies à l'article 2 t), notamment aux fins de leur acceptation par l'entité adjudicatrice, celles qui doivent être présentes pour que celle-ci puisse réclamer le montant de la garantie de soumission, et celles dans lesquelles l'entité adjudicatrice doit retourner ou faire retourner le document de garantie. Comme le dit le commentaire de la définition de la garantie de soumission donnée à l'article 2, dans la version anglaise, l'emploi de l'expression "tender security" (garantie de soumission), courante dans le contexte considéré, ne signifie pas que ce type de garantie ne puisse être exigé que dans le cas d'une procédure d'appel d'offres ("tendering" en anglais). La définition exclut également toute sûreté que l'entité adjudicatrice pourrait exiger en garantie de l'exécution du marché (en vertu de l'article 38 k) par exemple). Cette dernière peut être exigée du fournisseur ou de l'entrepreneur qui conclut le marché alors que la condition de fournir une garantie de soumission, lorsqu'elle est imposée par l'entité adjudicatrice, s'applique à tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions (voir par. 1 de l'article).

2. L'entité adjudicatrice peut subir un préjudice si le fournisseur ou l'entrepreneur retire sa soumission ou si un marché avec le fournisseur ou entrepreneur retenu n'est pas conclu par la faute de ce dernier (par exemple, le coût

[1] Le Secrétariat demande des orientations sur la question de savoir si la pratique de certains États en matière de garanties émises sous forme électronique influencera le contenu du commentaire de cet article tel qu'il apparaît ci-dessous.

qu'entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation et le préjudice dû au retard dans la passation du marché). L'article 16 autorise l'entité adjudicatrice à exiger des fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure d'appel d'offres qu'ils fournissent une garantie de soumission afin de couvrir ce préjudice possible et de les dissuader de manquer à leurs obligations.

3. Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues d'imposer une garantie de soumission dans toutes les procédures de passation de marché. Les garanties de soumission sont importantes en général pour les marchés relatifs à des biens ou des travaux de valeur élevée. Dans les autres cas, il peut être important d'exiger une garantie de soumission mais les risques que court l'entité adjudicatrice et le préjudice possible sont en général peu élevés et le coût de l'obtention d'une garantie de soumission qui sera normalement répercuté sur le prix du marché sera moins justifié. Dans le cas des accords-cadres, l'exigence d'une garantie devrait être considérée comme une mesure exceptionnelle, compte tenu de leur nature[2]. La pratique pourrait être amenée à évoluer mais au moment de la rédaction du présent Guide, on dispose de peu d'expérience de l'utilisation de garanties de soumission dans le cadre d'enchères électroniques inversées et les pratiques en la matière sont très diverses. Obtenir une garantie de soumission dans ce contexte pourrait poser problème, les banques exigeant généralement un prix fixe pour les documents de garantie. Il peut aussi y avoir des situations où une telle exigence ne se justifie pas, par exemple dans le cas d'une procédure de demande de propositions avec dialogue, où une garantie de soumission n'offrirait pas une solution viable pour ce qui est d'assurer une participation suffisante au dialogue ou de lier les fournisseurs ou entrepreneurs en ce qui concerne leurs propositions successives pendant la phase de dialogue (contrairement aux meilleures offres finales). (Voir la discussion sur ce point dans le commentaire des dispositions pertinentes de l'article 48.) Même si dans les deux cas mentionnés ci-dessus (enchères électroniques inversées et procédure de demande de propositions avec dialogue) des garanties de soumissions sont exigées, comme le précise le commentaire de la définition de "garantie de soumission" de l'article 2, l'entité adjudicatrice ne peut demander plusieurs garanties de soumission dans une procédure de passation unique où sont présentées des offres ou propositions révisées[3].

4. Des dispositions ont été incluses afin d'assurer que l'exigence de la garantie de soumission ne soit imposée que de manière équitable et dans le but prévu: garantir l'obligation qu'ont les fournisseurs ou entrepreneurs de conclure un marché sur la base de la soumission qu'ils ont présentée et de fournir une garantie de bonne exécution du marché, s'il leur en est demandé une.

5. L'alinéa 1 c) vise à supprimer les obstacles qui pourraient entraver la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers s'ils ne pouvaient fournir qu'une garantie émise par une institution de l'État adoptant. Toutefois, le libellé des sous-alinéas i) et ii) donne une certaine latitude sur ce point: premièrement, à

---

[2] Le Secrétariat aimerait recevoir des indications quant à savoir si dans la pratique l'obtention d'une garantie de soumission ne serait pas subordonnée à la définition de l'obligation éventuelle de concurrence au titre de l'accord-cadre. La même remarque vaut pour les enchères électroniques inversées et les étapes précédant les meilleures offres définitives de la procédure de demande de propositions avec dialogue.

[3] Comme le souligne le commentaire des dispositions pertinentes de l'article 2, l'article 16 ne comporte pas une telle interdiction.

l'entité adjudicatrice d'un État où accepter une garantie de soumission émise hors de cet État serait contraire à la loi; et deuxièmement, dans le cas de la passation d'un marché national, lorsque l'entité adjudicatrice a précisé dans le dossier de sollicitation, conformément au paragraphe 1 b), que la garantie de soumission devait être émise par un émetteur de l'État adoptant.

6. Au paragraphe 1 d), la référence à la confirmation de la garantie de soumission vise à tenir compte de la pratique de certains États d'exiger la confirmation locale d'une garantie de soumission émise à l'étranger. Elle ne vise cependant pas à encourager cette pratique, notamment parce que l'exigence d'une confirmation locale pourrait constituer un obstacle à la participation de fournisseurs et entrepreneurs étrangers à la procédure de passation (par exemple, difficultés à obtenir la confirmation locale avant la date limite de présentation des soumissions et surcoût pour les fournisseurs et entrepreneurs étrangers).

7. Le paragraphe 2 fournit des précisions afin d'éviter toute incertitude sur le moment à partir duquel l'entité adjudicatrice ne peut plus réclamer le montant de la garantie de soumission. Même si la conservation par le bénéficiaire de l'instrument de garantie au-delà de la date d'expiration de la garantie ne doit pas être considérée comme prolongeant la période de validité de celle-ci, la condition selon laquelle la garantie doit être retournée revêt une importance particulière lorsque celle-ci se présente sous la forme d'un dépôt en espèces ou une forme analogue. Cette précision est également utile car il subsiste des législations nationales où, contrairement à ce qu'on pourrait supposer, une demande de paiement en garantie est présentée à temps même si elle survient après l'expiration de la garantie, dès lors que le fait couvert par la garantie s'est produit avant la date d'expiration. Comme l'article 40-3, le paragraphe 2 d) donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de se prévaloir, si elle le précise dans le dossier de sollicitation, d'une exception à la règle générale selon laquelle le retrait ou la modification d'une offre avant la date limite de présentation des soumissions n'entraîne pas l'abandon de la garantie de soumission[4].

8. Étant donné le coût de l'obtention d'une garantie de soumission, qui sera normalement répercuté sur le prix du marché, le recours à d'autres mécanismes devrait être envisagé et encouragé lorsque la situation le permet. Dans certains États, la déclaration de garantie de l'offre tient lieu de garantie de soumission. Dans ce type de déclaration, le fournisseur ou entrepreneur accepte de se soumettre à des sanctions telles que la disqualification pour la passation de marché suivante s'il survient un événement normalement couvert par une garantie de soumission. (Il ne fait pas l'objet d'une exclusion, ce type de sanction ne devant pas frapper les manquements à caractère commercial (voir le commentaire pertinent de l'article 9 au[x] paragraphe[s] [...] ci-dessus).) Ces autres mécanismes visent à renforcer la concurrence dans la passation des marchés en augmentant la participation, en particulier celle des PME qui autrement ne pourraient participer à une passation en raison des formalités et des dépenses liées à la présentation d'une garantie de soumission[5].

---

[4] Le Secrétariat aimerait savoir s'il convient de traiter des questions liées à la prorogation de la période de validité des garanties de soumission dans le commentaire de cet article alors qu'elles font déjà l'objet d'un examen dans le commentaire de l'article 40.

[5] Il convient d'envisager la nécessité d'examiner plus avant le caractère potentiellement onéreux

Article 17. Procédure de préqualification

1. Cet article énonce les modalités de la procédure de préqualification, qui vise à identifier dès le début les fournisseurs et entrepreneurs ayant les qualifications requises pour exécuter le marché. Cette procédure peut être particulièrement utile pour les marchés concernant des biens, travaux ou services complexes ou de valeur élevée et peut même être à conseiller pour des marchés d'une valeur relativement faible mais dont l'objet est extrêmement spécialisé. Dans les deux cas, l'évaluation des soumissions est beaucoup plus longue, compliquée et onéreuse que pour d'autres marchés. Des entrepreneurs et fournisseurs compétents sont parfois réticents à l'idée de participer à une procédure de passation concernant un marché de valeur élevée, lorsque le coût de la préparation de la soumission est élevé, si les concurrents sont trop nombreux et s'ils risquent de devoir affronter des soumissions présentées par des entrepreneurs ou fournisseurs non qualifiés. Le recours à la procédure de préqualification peut limiter le nombre de soumissions que l'entité adjudicatrice évaluera à celles émanant de fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés. C'est donc un moyen de faciliter une passation efficace lorsque l'objet du marché est relativement complexe.

2. Aux termes du paragraphe 1 de cet article, la préqualification est optionnelle et peut être utilisée quelle que soit la méthode de passation de marché choisie. Étape supplémentaire, elle retarde l'exécution du marché, et des fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à une passation avec préqualification, étant donné le coût qu'elle représente. On n'y recourra donc que lorsqu'elle est strictement nécessaire, dans les situations décrites au paragraphe ci-dessus.

3. La procédure de préqualification énoncée à l'article 17 est assortie de plusieurs garanties importantes, telles que les limitations de l'article 9 (en particulier celles concernant l'évaluation des qualifications, qui peuvent également s'appliquer à la procédure de préqualification) et les procédures figurant à l'article 17, aux paragraphes 2 à 10 inclus. Cet ensemble de garanties vise à assurer que la procédure de préqualification est menée selon des conditions objectives communiquées intégralement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants; il vise aussi à assurer un minimum de transparence et à permettre à un entrepreneur ou fournisseur non préqualifié d'exercer son droit de contester sa disqualification.

4. Au paragraphe 2, la référence au "journal officiel" doit être interprétée selon le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les publications papier et autres; elle englobe donc tout journal officiel utilisé dans un État ou un groupe d'États adoptants, tel que l'édition électronique du Journal officiel électronique de l'Union européenne. Les questions soulevées dans le commentaire de l'article 5 sur la publication des textes juridiques et celui de l'article 32-4 sont également pertinentes dans le contexte de l'article 17-2.

5. Le terme "adresse" utilisé au paragraphe 3 a) désigne le lieu physique enregistré mais aussi toutes les autres coordonnées pertinentes (numéros de

---

des garanties. Dans ce cas, le Secrétariat aimerait recevoir des indications concernant en particulier les questions suivantes suggérées par le Groupe de travail: les effets néfastes supplémentaires qu'entraînerait le fait d'exiger que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent des garanties de soumission, les questions de reconnaissance mutuelle et le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter les garanties de soumission dans certains cas.

téléphone, adresse électronique, etc. le cas échéant). Cette interprétation vaut pour toutes les occurrences de ce terme dans l'ensemble du texte de la Loi type, qu'il s'agisse de l'adresse de l'entité adjudicatrice ou de celle d'un fournisseur ou entrepreneur.

6. Comme dans d'autres dispositions similaires de la Loi type, l'entité adjudicatrice peut omettre dans l'invitation à la préqualification et le dossier de préqualification l'indication de la monnaie de paiement et des langues visée au paragraphe 3 en cas de passation d'un marché national, si elle estime qu'il n'y a pas lieu de le faire. L'indication de la ou des langues peut toutefois demeurer importante dans certains pays multilingues.

7. Les dispositions de cet article permettent à l'entité adjudicatrice de demander le paiement de frais pour le dossier de préqualification mais pas de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Il est entendu, comme le dit le paragraphe 4 de l'article, que le prix demandé se limitera aux frais minimaux de distribution de la documentation (et de son impression, le cas échéant). En outre, les États adoptants devraient noter que la meilleure pratique est de ne pas faire payer pour ces documents[6].

8. La référence à "l'endroit" au paragraphe 5 d) ne désigne pas le lieu physique mais plutôt une publication officielle, un portail, etc., où les textes actualisés des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont mis à la disposition du public. Les questions soulevées dans le commentaire de l'article 5 concernant l'accès approprié à des textes juridiques actualisés sont donc également pertinentes dans le contexte du paragraphe 5 d) de l'article 17.

9. Aux paragraphes 9 et 10, il convient d'interpréter le terme "promptement" comme signifiant que les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés avant la sollicitation. Cette garantie essentielle assure la possibilité d'un recours efficace contre les décisions prises par l'entité adjudicatrice au cours de la procédure de préqualification. C'est également pour cela que l'article 10 impose à l'entité adjudicatrice de communiquer au fournisseur ou à l'entrepreneur non préqualifié les motifs de sa non-préqualification.

10. Les dispositions de cet article concernant la communication d'informations aux fournisseurs ou entrepreneurs ou au public sont soumises à l'article 23 sur la confidentialité (qui prévoit des exceptions limitées à l'information du public).

11. Il convient d'établir une distinction entre la préqualification et la présélection, que la Loi type n'envisage que dans le cadre des procédures de demande de propositions avec dialogue visées à l'article 48. Dans le cas de la préqualification, tous les fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés peuvent en fin de compte présenter des soumissions. Dans le cas de la présélection, le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter une soumission sera expressément limité dès le début de la procédure de passation, et le nombre maximum de participants est précisé dans l'invitation à participer à la présélection. Dans la procédure de préqualification, l'identification des fournisseurs ou

---

[6] La dernière phrase reproduit l'opinion de certains commentateurs comme une déclaration de principe mais d'autres estiment que cette position n'est pas réaliste. Le Secrétariat demande des orientations sur la facturation de la mise à disposition de ce type de documents (et sur les frais de dossier).

entrepreneurs qualifiés se fait sur la base de critères de qualification préétablis remplis ou non par les candidats, alors que la présélection suppose d'autres procédures de sélection, très probablement concurrentielles, si le nombre maximum de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés autorisés à présenter des soumissions est dépassé (la présélection peut par exemple comporter après le test éliminatoire un classement selon les critères de qualification, permettant de sélectionner les meilleurs candidats dans la limite du maximum établi). Cette mesure est prise même si des critères de préqualification stricts pourraient en fait limiter le nombre de fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés.

Article 18. Abandon de la passation de marché

1. L'article 18 permet à l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché. C'est son droit absolu avant l'acceptation de la soumission à retenir, après quoi elle ne peut le faire que si le fournisseur ou l'entrepreneur dont la soumission a été retenue ne signe pas le marché comme il le doit ou s'il ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché (voir art. 18-1 et 21-8). [Il convient d'expliquer les raisons de cette différence.]

2. Cette disposition est importante parce qu'une entité adjudicatrice peut devoir abandonner la passation pour des motifs d'intérêt public, par exemple s'il semble que la concurrence a été insuffisante ou s'il y a eu collusion, si elle n'a plus besoin de l'objet du marché ou si le marché ne peut plus être passé en raison d'une modification de la politique nationale ou du retrait d'un financement, ou parce que toutes les soumissions se sont avérées non conformes, ou que les prix proposés dépassent largement le budget disponible. Les dispositions de l'article reconnaissent donc qu'il peut être préférable, dans l'intérêt général, de permettre à l'entité adjudicatrice d'abandonner un marché peu souhaitable plutôt que d'en exiger l'exécution.

3. L'entité adjudicatrice ayant le droit absolu d'abandonner la passation de marché jusqu'à l'acceptation de la soumission retenue, l'article prévoit des garanties contre tout abus de ce droit. La première est l'obligation de notification figurant au paragraphe 2, qui vise à encourager la transparence, la responsabilité et un recours efficace. Aux termes de ce paragraphe, la décision d'abandonner la passation et les raisons de celle-ci doivent être promptement communiquées à tout fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission afin qu'il puisse la contester s'il le souhaite. Les dispositions n'exigent pas que l'entité adjudicatrice justifie sa décision (étant entendu qu'en règle générale, elle devrait être libre d'abandonner la procédure de passation pour des motifs économiques, sociaux ou politiques qu'elle n'a pas à justifier), mais elle doit fournir un bref exposé des raisons de cette décision, suffisant pour permettre un recours efficace contre celle-ci. [Il convient d'ajouter un exemple de la différence entre raisons et justifications.] L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de fournir des justifications mais elle le peut si elle estime qu'il y a lieu de le faire (par exemple, si elle souhaite montrer que la décision ne résultait pas de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part). Elle peut aussi décider de procéder à un retour d'information (voir par. […] ci-dessus).

4. Une garantie supplémentaire est l'obligation faite à l'entité adjudicatrice d'annoncer sa décision d'abandonner la passation au même endroit et de la même

manière qu'ont été publiées les informations originales concernant le marché. Cette mesure est importante pour permettre au public de contrôler les pratiques des entités adjudicatrices de l'État adoptant.

5. Certaines dispositions des paragraphes 1 et 2 de cet article visent à traiter les soumissions présentées mais non encore ouvertes par l'entité adjudicatrice (par exemple, lorsque la décision d'abandon est prise avant la date limite de présentation des offres). Une fois que la décision d'abandon est prise, toute soumission non ouverte doit être renvoyée en l'état au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée. Cette exigence évite le risque que les informations fournies par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leurs soumissions soient utilisées à des fins illégitimes, par exemple transmises à leurs concurrents. Elle vise aussi à empêcher que l'entité adjudicatrice n'abuse de son droit d'abandonner la passation pour des motifs illégitimes ou illicites, par exemple après avoir obtenu les informations souhaitées sur la situation du marché ou appris qu'un fournisseur ou entrepreneur qu'elle apprécie ne remportera pas le marché.

6. Dans de nombreux États, la décision d'abandonner la passation n'est normalement pas susceptible de recours, en particulier auprès d'autorités administratives, sauf en cas de pratiques abusives. Cependant, la Loi type n'exonère pas les décisions ou actes pris par l'entité adjudicatrice dans la procédure de passation de marché des procédures de contestation ou d'appel prévues au chapitre VIII (même si le libellé de l'article 66 est prudent, compte tenu du fait que, dans certains États, l'organe administratif n'aurait pas compétence pour traiter ce type de recours). Le paragraphe 3 de l'article 18 de la Loi type vise à limiter à des circonstances exceptionnelles la responsabilité de l'entité adjudicatrice ayant décidé d'abandonner la procédure de passation. Sa responsabilité vis-à-vis des fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions y est donc limitée au cas où l'abandon résulte de manœuvres irresponsables ou dilatoires de sa part.

7. La Loi type prévoit donc le droit de contester la décision de l'entité adjudicatrice d'abandonner la passation de marché et la possibilité d'exercer ce droit mais la question de savoir si la responsabilité de l'entité adjudicatrice serait engagée dépendra des circonstances de fait de l'espèce. Le paragraphe 3 est considéré comme important à cet égard parce qu'il protège l'entité adjudicatrice des contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre l'abandon sans motifs de la procédure de passation. On considère toutefois que malgré les limitations de responsabilité visées au paragraphe 3, l'entité adjudicatrice peut encourir une responsabilité pour avoir abandonné la passation en vertu d'autres branches de droit. En particulier, bien que les fournisseurs ou entrepreneurs présentent leurs soumissions à leurs risques et périls et assument les dépenses y afférentes, l'abandon de la passation peut faire naître une responsabilité envers les fournisseurs ou entrepreneurs dont les soumissions ont été ouvertes, même dans des circonstances non prévues au paragraphe 3.

8. Dans certains pays, le droit administratif peut limiter l'exercice du droit d'abandonner la passation, par exemple en interdisant toute mesure constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou une violation des principes fondamentaux de la justice. Dans d'autres pays, il peut au contraire prévoir un droit absolu d'abandonner la passation de marché à tout stade de la procédure, même si la soumission à retenir a été acceptée, indépendamment des dispositions de la Loi type. La législation peut aussi prévoir d'autres recours contre les décisions

administratives abusives prises d'agents publics. L'État adoptant devra donc peut-être harmoniser les dispositions de l'article avec les dispositions pertinentes de ses autres lois applicables.

9. Il convient d'établir une distinction entre l'abandon de la passation par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 18 et la décision de mettre fin à la procédure de passation de marché prévue à l'article 66-9 f) de la Loi type. Dans les deux cas, les conséquences sont les mêmes: l'entité adjudicatrice ne peut prendre aucune mesure ou décision après avoir décidé d'abandonner la procédure ou après que l'organe administratif a ordonné d'y mettre fin. La différence est que la décision de l'organe administratif de mettre fin à la procédure est prise à titre de réparation à la suite d'une procédure de contestation ou d'appel.

Article 19. Rejet des soumissions anormalement basses

1. Cet article permet à l'entité adjudicatrice de rejeter, une soumission dont le prix anormalement bas suscite des craintes quant à la capacité du fournisseur ou de l'entrepreneur l'ayant présentée à exécuter le marché. Il n'oblige pas l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse[7]. Il s'applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type, y compris une procédure reposant sur des enchères électroniques inversées, où on peut considérer que les risques d'offres anormalement basses sont plus grands que dans d'autres méthodes de passation, en particulier lorsque la technique est nouvelle pour le système concerné[8].

2. Cet article prévoit des garanties visant à protéger les intérêts légitimes des deux parties (entités adjudicatrices et fournisseurs et entrepreneurs). D'une part, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les soumissions susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché. Du point de vue de l'entité adjudicatrice, une soumission anormalement basse comporte le risque que le marché ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix soumis, ce qui peut renchérir et retarder le projet, et donc accroître les prix et désorganiser la passation. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter de courir un tel risque.

3. D'autre part, l'entité adjudicatrice ne peut rejeter automatiquement une soumission sur le seul fondement que le montant indiqué semble anormalement bas. En lui octroyant un tel droit, on introduirait une possibilité d'abus, car les soumissions pourraient être rejetées au motif qu'elles sont anormalement basses sans justification, ou sur la base d'un critère purement subjectif. Ce risque serait particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, un prix inférieur au coût de revient peut sembler anormalement bas alors qu'il peut être légitime de vendre à perte de vieux stocks ou de fixer un tel prix pour

---

[7] Le Secrétariat aimerait recevoir, pour ajout dans le commentaire, des indications sur les raisons pour lesquelles la Loi type ne prévoit pas d'obligation de rejeter une soumission anormalement basse.

[8] Le Secrétariat aimerait savoir s'il convient de conserver cette déclaration dans le commentaire de cet article plutôt que dans le chapitre VI.

occuper la main-d'œuvre, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence[9].

4. Pour ces raisons, cet article protège les fournisseurs et entrepreneurs contre la possibilité de décisions arbitraires et de pratiques abusives de la part de l'entité adjudicatrice en ne lui permettant de rejeter une soumission anormalement basse que si elle s'est employée à démontrer le bien-fondé de ses craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, sans préjudice de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter la soumission, par exemple, en cas d'infraction (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale).

5. En conséquence, les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article énoncent les exigences auxquelles l'entité adjudicatrice doit satisfaire avant de pouvoir rejeter la soumission anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

6. Premièrement, elle doit demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de la soumission dont elle estime qu'ils doivent être pris en compte pour justifier le prix indiqué. Il peut s'agir d'informations et d'échantillons établissant la qualité de l'objet du marché; des méthodes et des données économiques du processus de fabrication, des travaux ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées ou de toute condition exceptionnellement favorable dont le fournisseur ou l'entrepreneur bénéficie pour exécuter les travaux ou fournir les biens ou les services; ou de l'originalité des travaux, des biens ou des services proposés par le fournisseur ou l'entrepreneur. Le prix indiqué est donc toujours analysé par rapport aux autres éléments de la soumission concernée[10].

7. L'État adoptant peut choisir de réglementer le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander dans le cadre de cette procédure de justification du prix. À cet égard, il convient de noter que l'évaluation porte sur la question de savoir si le prix est réaliste (par rapport aux autres éléments de la soumission, comme ceux mentionnés au paragraphe précédent), et se fonde sur des éléments tels que les estimations d'avant la passation, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne conviendrait peut-être pas de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix lui-même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe, voire impossible dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut ne pas être vraiment à même d'évaluer le prix par rapport à ces coûts. Dans certains États, la loi peut interdire à l'entité adjudicatrice d'exiger des informations sur la structure des coûts, en raison du risque d'utilisation abusive de celles-ci.

8. Deuxièmement, en évaluant le prix, l'entité adjudicatrice doit tenir compte de la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur. Si un fournisseur ou entrepreneur

---

[9] Le Secrétariat demande des orientations sur la pertinence des exemples donnés dans ce paragraphe à la lumière des objectifs de la Loi type, en particulier celui de favoriser la concurrence.

[10] Le Secrétariat demande des orientations sur la cohérence entre ce paragraphe et le paragraphe qui suit en ce qui concerne l'évaluation des coûts.

refuse de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice, ce refus ne donne pas automatiquement à celle-ci le droit de rejeter la soumission anormalement basse mais il constitue un élément à prendre en considération pour déterminer si la soumission est anormalement basse.

9. Troisièmement, si, à l'issue de la procédure de justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les raisons de celles-ci au procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au paragraphe 1 c) de l'article. Cette disposition vise à garantir que toute décision de rejeter la soumission anormalement basse est prise sur une base objective et qu'avant de la prendre, l'entité adjudicatrice a dûment consigné toutes les informations la concernant, de sorte qu'elle puisse répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

10. Ce n'est qu'après avoir satisfait aux exigences décrites aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter la soumission anormalement basse. La décision de rejet doit être versée au procès-verbal de la procédure de passation de marché et communiquée promptement au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, conformément au paragraphe 2 de l'article. Elle peut être contestée conformément au chapitre VIII de la Loi type.

11. Les États adoptants devraient savoir que d'autres exigences que celles mentionnées dans cet article peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant de soumissions anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs et l'examen ou l'évaluation de leurs soumissions peuvent jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte. Ces mesures, à leur tour, supposent que les exigences en matière de qualifications soient bien formulées et que l'objet du marché soit décrit avec précision. Les entités adjudicatrices devraient recevoir des instructions appropriées en ce sens et être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des soumissions présentées, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement, le cas échéant). Ces mesures peuvent identifier efficacement les risques liés à l'exécution.

12. On peut également: i) sensibiliser les responsables de la passation aux effets préjudiciables des soumissions anormalement basses; ii) leur proposer des formations et leur fournir des ressources et des informations suffisantes, notamment des prix de référence ou des prix du marché; et iii) prévoir suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure de passation. Pour dissuader les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter des soumissions anormalement basses et promouvoir un comportement responsable de leur part, il peut être souhaitable que les entités adjudicatrices précisent dans le dossier de sollicitation ou d'autres documents équivalents que les soumissions anormalement basses peuvent être rejetées si elles suscitent chez l'entité adjudicatrice des craintes quant à la capacité du fournisseur ou entrepreneur à exécuter le marché.

Article 20. Exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts

1. Cet article contient une liste exhaustive des motifs pour lesquels un fournisseur ou entrepreneur peut être exclu de la procédure de passation de marché, autres que ceux liés au contenu de la soumission présentée ou aux qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur: incitations du fournisseur ou de l'entrepreneur, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts. On n'y trouve pas le terme "corruption" (pour lequel il n'existe pas de définition acceptée internationalement) mais une description des situations (incitation, avantage concurrentiel injuste et conflits d'intérêts) exigeant que le fournisseur ou entrepreneur concerné soit exclu de la procédure de passation de marché. Ces situations étant couramment citées comme exemples de comportement frauduleux, cet article constitue une mesure importante de lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics.

2. L'article se veut conforme aux normes internationales de la lutte contre la corruption et vise à proscrire toutes les pratiques de corruption, quelles qu'en soient la forme et la définition. Ces normes se trouvent dans les instruments internationaux tels que la Convention des Nations Unies contre la corruption ou dans des documents publiés par des organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et les banques multilatérales de développement. Elles peuvent évoluer avec le temps. Conformément à l'article 3 de la Loi type, qui consacre la prééminence des engagements internationaux de l'État adoptant, celui-ci est encouragé à tenir compte des normes anticorruption internationales applicables au moment de l'adoption de la Loi type. Certaines de ces normes peuvent être obligatoires pour l'État adoptant s'il est partie à l'instrument international considéré.

3. Toutefois, on ne saurait considérer que l'article 20, ni d'ailleurs l'ensemble de la Loi type, prévoit des mesures exhaustives de lutte contre la corruption dans les marchés publics. Bien que les procédures et garanties énoncées dans la Loi type visent à promouvoir la transparence et l'objectivité et donc à réduire la corruption, on ne peut attendre d'une loi sur les marchés publics qu'elle élimine complètement à elle seule les pratiques de corruption dans les marchés publics de l'État adoptant. Les entités adjudicatrices n'ont pas les moyens de régler tous les problèmes de corruption dans les marchés publics et on ne doit pas attendre d'elles qu'elles le fassent. L'État devrait disposer en général d'un système efficace de sanctions contre la corruption des fonctionnaires, dont les agents des entités adjudicatrices, et des fournisseurs et entrepreneurs, système qui s'appliquerait aussi à la procédure de passation des marchés[11].

---

[11] Il a été suggéré dans le Groupe de travail d'expliquer dans le Guide que dans le contexte des marchés publics il pourrait être impossible d'établir le fait de corruption par opposition aux pots-de-vin, le premier pouvant supposer une succession d'actes dans le temps plutôt qu'un acte unique. Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur l'opportunité d'inclure cette déclaration ou d'autres déclarations dans le Guide pour tenter de décrire des exemples pertinents.

4. Le terme “incitation”, expliqué au paragraphe 1 a) de l’article, peut de manière générale se décrire comme une tentative de fournisseurs ou entrepreneurs d’exercer irrégulièrement une influence sur l’entité adjudicatrice. Il revient à l’État adoptant de définir ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste ou un conflit d’intérêts aux fins de l’application du paragraphe 1 b). Les dispositions visent à traiter le conflit d’intérêts du fournisseur ou de l’entrepreneur seulement. Le conflit d’intérêts de l’entité adjudicatrice est régi par des règles distinctes, telles que l’article 25 sur le code de conduite des agents des entités adjudicatrices. Pour éviter tout avantage concurrentiel injuste ou conflit d’intérêts, les normes applicables de l’État adoptant devraient par exemple interdire aux consultants intervenant dans la rédaction du dossier de sollicitation de participer à la procédure de passation du marché pour laquelle ce dossier est utilisé. Elles devraient aussi réglementer la participation des filiales à la même procédure de passation de marché. On s’attend toutefois à ce que certains points liés à ces concepts soient règlementés par d’autres branches du droit de l’État adoptant, par exemple la législation antimonopoles.

5. Bien que les expressions “avantage concurrentiel injuste” et “conflit d’intérêts” figurent dans le même alinéa, les deux situations peuvent survenir indépendamment l’une de l’autre. On peut s’attendre à ce qu’un avantage concurrentiel injuste découle d’un conflit d’intérêts (par exemple, si un même avocat représente les deux parties en l’espèce). Ce n’est toutefois pas nécessairement toujours le cas et un tel avantage concurrentiel injuste peut être obtenu dans des circonstances complètement différentes[12].

6. Les dispositions de cet article sont sans préjudice d’autres sanctions, telles que l’exclusion (voir par. ... ci-dessus), qui peuvent être imposées au fournisseur ou à l’entrepreneur. Toutefois, l’application des sanctions prévues par d’autres branches du droit applicable, telles qu’une condamnation pénale, n’est pas une condition préalable à l’exclusion du fournisseur ou de l’entrepreneur en vertu de cet article. Pour éviter toute application abusive de l’article 20, la décision d’exclusion et les motifs de celle-ci doivent être consignés au procès-verbal de la procédure de passation et communiqués promptement au coupable présumé afin de permettre une contestation efficace, le cas échéant[13].

7. Comme indiqué ci-dessus, l’application de cet article est subordonnée à d’autres branches du droit de l’État adoptant où sont définies ses politiques anticorruption. Une harmonisation s’impose pour éviter une confusion inutile, des incohérences et une interprétation incorrecte des politiques anticorruption de l’État adoptant.

---

[12] Le Secrétariat aimerait recevoir pour ajout dans le Guide des orientations sous forme d’exemples de ce qui constituera un avantage concurrentiel injuste. Il a été suggéré au sein du Groupe de travail de faire référence dans ce contexte à une fusion d’entreprises ou à une relation commerciale antérieure, ce qui pourrait être trop large.

[13] Il a été suggéré au sein du Groupe de travail d’expliquer dans le Guide que les risques d’un rejet injustifié pourraient être atténués si on encourageait le dialogue entre l’entité adjudicatrice et le fournisseur ou l’entrepreneur concerné aux fins d’examiner les conflits d’intérêts potentiels, en s’inspirant des dispositions de l’article 19 régissant l’examen des soumissions anormalement basses. Le Secrétariat aimerait recevoir des orientations pertinentes concernant les pratiques abusives possibles et les résultats qu’un tel dialogue pourrait permettre pour ce qui est d’éviter l’application de cet article.

(Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir le commentaire de l'article 25 sur le code de conduite.)

Article 21. Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

1. L'article 21 énonce des règles détaillées applicables à: i) l'acceptation de la soumission à retenir; ii) la garantie sous la forme d'un délai d'attente permettant au fournisseur ou à l'entrepreneur de contester la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché ou l'accord-cadre avant leur entrée en vigueur; et iii) l'entrée en vigueur du marché. Il est complété par les exigences figurant dans la Loi type selon lesquelles toute information sur ces questions doit être communiquée aux fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la procédure de passation de marché. Par exemple, aux fins de la transparence, il importe que les fournisseurs et entrepreneurs connaissent à l'avance les modalités d'entrée en vigueur du marché. L'article 38 exige donc (à l'alinéa v)) que le dossier de sollicitation comporte des informations sur la durée du délai d'attente et, si aucun délai d'attente ne s'applique, une mention le précisant et indiquant les raisons de cette non-application. Il exige en outre (à l'alinéa w)) que soient précisées dans le dossier de sollicitation les formalités qui devront être accomplies, une fois qu'une soumission retenue a été acceptée, pour qu'un marché entre en vigueur. Il peut notamment s'agir de la signature d'un marché écrit en application de l'article 21 et de l'approbation par une autre autorité.

2. Le paragraphe 1 dispose qu'en règle générale, l'entité adjudicatrice doit accepter la soumission à retenir, ce qui signifie que le marché ou l'accord-cadre doit être attribué au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a présentée, aux conditions qui y sont énoncées. (Il n'y a pas de définition unique de la soumission à retenir. Les articles régissant la procédure des différentes méthodes de passation définissent cette expression pour chaque méthode.) Les exceptions à la règle générale du paragraphe 1 sont énoncées aux alinéas a) à d) (disqualification du fournisseur ou entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir, abandon de la passation de marché, rejet de la soumission au motif qu'elle est anormalement basse, conformément à l'article 19, ou exclusion du fournisseur ou entrepreneur ayant présenté la soumission en raison d'incitations de sa part, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts, conformément à l'article 20).

3. Il convient d'interpréter le motif de rejet de la soumission à retenir énoncé à l'alinéa a) (disqualification) en tenant compte des dispositions de l'article 9-1, qui dispose que la vérification des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs peut se faire à tous les stades de la procédure de passation, de l'article 9-8 d), qui permet à l'entité adjudicatrice de demander à tout fournisseur ou entrepreneur préqualifié de justifier à nouveau de ses qualifications, et des articles 42-6 et 7 et 56-2, qui régissent spécifiquement l'évaluation des qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur ayant présenté l'offre à retenir.

4. Il est entendu que la liste d'exceptions des alinéas a) à d) du paragraphe 1 n'est pas exhaustive: elle ne mentionne que les motifs pouvant être invoqués par l'entité adjudicatrice. D'autres motifs peuvent découler d'une procédure de contestation ou d'appel, par exemple si l'organe administratif ordonne en vertu de

l'article 66 qu'il soit mis fin à la procédure de passation, exige que l'entité adjudicatrice reconsidère sa décision ou lui interdit de prendre une décision illégale. Il convient en outre de ne pas confondre ces motifs avec ceux justifiant l'attribution du marché à la soumission à retenir suivante conformément à l'article 21-8: ceux-ci interviendraient après que la soumission à retenir a été acceptée, et non au moment ou l'entité adjudicatrice décide si oui ou non la soumission à retenir doit être acceptée.

5. Le paragraphe 2 régit l'application du délai d'attente défini à l'article 2 q) comme "le délai commençant à l'expédition de l'avis visé à l'article 21-2 de la présente Loi, pendant lequel l'entité adjudicatrice ne peut accepter la soumission à retenir et les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent introduire un recours conformément au chapitre VIII de la présente Loi contre la décision communiquée". L'objectif premier du délai d'attente est donc de permettre de rectifier toute irrégularité avant l'entrée en vigueur du marché ou la conclusion de l'accord-cadre et d'éviter ainsi de devoir annuler un marché ou un accord-cadre entré en vigueur.

6. Le délai d'attente est notifié à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, y compris à celui ou ceux à qui il est prévu d'attribuer le marché ou l'accord-cadre. Il convient de ne pas confondre cette notification et l'avis d'acceptation envoyé uniquement au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir conformément au paragraphe 4 de l'article. Les informations communiquées en vertu du paragraphe 2 sont celles énumérées aux alinéas a) à c). Les dispositions de l'article 23 sur la confidentialité indiqueront s'il y a lieu de ne pas communiquer l'une ou l'autre des informations visées à l'alinéa b) pour des raisons de confidentialité. Bien qu'il puisse être nécessaire de préserver la confidentialité d'informations commerciales sensibles lors de l'énonciation des caractéristiques et avantages relatifs de la soumission à retenir, il est essentiel que les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure de passation reçoivent suffisamment d'informations sur le processus d'évaluation pour mettre utilement à profit le délai d'attente.

7. Parce que le délai d'attente commence à courir au moment de l'expédition de l'avis, cet article exige, pour assurer la transparence, l'intégrité et le traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs dans la passation de marché, que l'avis soit expédié simultanément à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés (cette obligation est exprimée par la formule "avise promptement chaque fournisseur ou entrepreneur"). L'avis doit être envoyé individuellement à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné. Il ne suffirait pas, par exemple, de le mettre en ligne sur le site Web.

8. Ces dispositions n'imposent aucunement à l'entité adjudicatrice d'aviser les fournisseurs ou entrepreneurs des raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus: fournir à chacun un exposé exhaustif de ces raisons pourrait être une lourde charge. Elles ne prévoient pas non plus d'obligation de retour d'information puisque les procédures en la matière varient sensiblement non seulement d'un État à l'autre mais aussi d'un marché à l'autre, et que les dispositions en la matière ne sont pas facilement applicables. Néanmoins, le retour d'information sur demande du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné constitue la meilleure pratique et devrait être encouragé par l'État adoptant. (Sur le retour d'information, voir par. ... de la première partie du Guide.)

9. Les dispositions du paragraphe 2 exigent également que l'entité adjudicatrice précise dans l'avis d'acceptation la durée du délai d'attente. Celle-ci doit être la même que celle indiquée dans le dossier de sollicitation au début de la procédure de passation de marché. Il importe de communiquer cette information au début de la procédure, étant donné l'incidence qu'elle peut avoir sur la décision des fournisseurs ou entrepreneurs de participer à la procédure. Il importe de la communiquer également dans l'avis visé au paragraphe 2, à titre de rappel mais aussi de précision: puisque le délai d'attente court à compter de la notification de l'expédition, l'avis précisera les dates de début et de fin de ce délai, censées correspondre à la durée indiquée dans le dossier de sollicitation.

10. Il est indispensable que les fournisseurs ou entrepreneurs, d'une part, et l'entité adjudicatrice, d'autre part, connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de prendre les décisions qui s'imposent et à l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans risquer de créer des problèmes. La date d'expédition, qui crée le plus haut degré de certitude, est indiquée dans la Loi type comme point de départ du délai d'attente. La même solution est retenue pour les autres types d'avis délivrés en vertu de cet article (voir par. ... ci-dessous). On trouvera au paragraphe 9 de l'article une explication de la signification du mot "expédition".

11. La Loi type laisse à l'entité adjudicatrice le soin de déterminer au cas par cas la durée précise du délai d'attente en fonction des circonstances de la passation envisagée et en particulier des moyens de communication utilisés et du caractère national ou international du marché. Pour assurer l'égalité de traitement, il peut être nécessaire de prévoir plus de temps par exemple pour qu'un avis envoyé par courrier normal arrive chez des fournisseurs ou entrepreneurs situés à l'étranger.

12. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice pour fixer la durée du délai d'attente n'est pas sans limite. Elle est soumise à un minimum qui doit être fixé par l'État adoptant [par voie législative] [et peut être modifiée ensuite par les règlements en matière de passation des marchés] [ou les règlements en matière de passation des marchés][14]. Plusieurs points doivent être pris en considération pour fixer la durée minimale du délai d'attente, notamment l'incidence qu'elle aura sur les objectifs généraux de la Loi type concernant la transparence, la responsabilité, l'efficacité et le traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs. L'incidence d'un long délai sur les coûts sera certes prise en compte par les fournisseurs ou entrepreneurs dans leur soumission et dans leur décision de participer à la procédure, mais le délai devrait être suffisamment long pour permettre d'introduire un recours contre la procédure. Les États adoptants doivent cependant noter qu'un délai trop long peut être inadapté à certaines méthodes et procédures de passation telles que les enchères électroniques inversées et les accords-cadres ouverts, qui supposent une attribution rapide et pour lesquels le nombre et la complexité des questions susceptibles de recours sont limités[15]. Il convient de garder à l'esprit que le but premier du délai d'attente est de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs le temps de décider s'ils contestent la décision de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir. Il

---

[14] La formulation dépend de la formulation finale du paragraphe 2 c) de la Loi type.

[15] Il convient de faire figurer au bon endroit dans le Guide l'idée générale selon laquelle les États adoptants devraient exprimer les délais brefs en jours ouvrables, les autres pouvant être exprimés en jours calendaires.

est donc censé être relativement bref. Une fois soumise la contestation, les dispositions sur les procédures de contestation et d'appel du chapitre VIII de la Loi type traitent de la suspension de la procédure de passation de marché et d'autres recours appropriés.

13. Le paragraphe 3 énonce les exceptions à l'application du délai d'attente. La première concerne les marchés attribués au titre d'accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape[16]. Il convient de souligner que l'exception ne s'applique pas à la conclusion de l'accord-cadre même: quel que soit le type d'accord-cadre attribué, le délai d'attente s'appliquera. Elle ne s'applique pas non plus aux marchés attribués au titre d'accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, y compris les accords-cadres ouverts.

14. La deuxième exception s'applique aux marchés de faible valeur. [L'État adoptant devrait envisager d'aligner le seuil fixé au paragraphe 3 b) sur ceux figurant dans d'autres dispositions de la Loi type concernant les marchés de faible valeur, notamment ceux qui justifient une dérogation à l'obligation de publier l'avis d'attribution du marché (art. 22-2 du texte actuel) et le recours à la procédure de demande de prix (art. 28-2).][17]

15. La troisième exception se justifie par des considérations urgentes d'intérêt général. Il convient de noter que celles-ci peuvent aussi être invoquées par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 64-3 de la Loi type pour prier les autorités compétentes de lever une interdiction de conclure un marché ou un accord-cadre tant qu'une procédure de contestation ou d'appel est pendante[18].

16. Le paragraphe 4 précise à quel moment l'avis d'acceptation doit être envoyé au fournisseur ou à l'entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir. Comme il l'indique, il peut y avoir plusieurs cas de figure. Premièrement, un délai d'attente a été appliqué et aucune procédure de contestation d'appel n'est pendante à l'expiration de ce délai. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice expédie l'avis dès l'expiration du délai d'attente. Deuxièmement, un délai d'attente a été appliqué et une procédure de contestation ou d'appel est toujours pendante à l'expiration du délai d'attente. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice (en vertu de l'article 64 de la Loi type) n'est pas autorisée à expédier l'avis d'acceptation tant qu'elle n'a pas reçu des autorités compétentes une injonction ou une autorisation de le faire. Troisièmement, lorsque aucun délai d'attente n'a été appliqué, l'entité adjudicatrice doit expédier l'avis d'acceptation dès qu'elle a vérifié la soumission à retenir, à moins qu'un tribunal ou une autre autorité désignée dans la législation de l'État ne lui enjoigne de ne pas le faire.

17. La Loi type prévoit différentes méthodes d'entrée en vigueur du marché, sachant que les États peuvent préférer telle ou telle méthode et que même dans un

---

[16] Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur les raisons de cette exception. Le compte rendu des délibérations du Groupe de travail n'est pas concluant sur ce point (voir A/CN.9/687, par. 96).

[17] Le texte entre crochets pourrait devoir être réexaminé s'il est décidé que tous les seuils seront spécifiés dans les règlements en matière de passation de marché et non dans la Loi type elle-même.

[18] Le Secrétariat aimerait recevoir des indications sur la manière dont les considérations justifiant une exception peuvent différer selon qu'il s'agit de la présente disposition ou de l'article 64-3.

État donné, des méthodes différentes peuvent être employées selon les circonstances.

18. Selon une de ces méthodes (décrite au paragraphe 5), sauf indication contraire dans le dossier de sollicitation, le marché entre en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est expédié au fournisseur ou entrepreneur ayant présenté la soumission à retenir. La raison pour laquelle l'entrée en vigueur est liée à l'expédition et non à la réception de l'avis d'acceptation est que cette solution est plus adaptée aux circonstances propres à la procédure de passation de marchés. Pour lier le fournisseur ou l'entrepreneur et notamment l'obliger à signer un marché écrit, l'entité adjudicatrice doit notifier son acceptation que la soumission est en vigueur. Si on se fondait sur la "réception", il suffirait qu'un avis correctement envoyé soit retardé, égaré ou mal dirigé, sans qu'il y ait faute de la part de l'entité adjudicatrice, et qu'il soit reçu après expiration de la période de validité de la soumission pour que l'entité adjudicatrice perde son droit de lier le fournisseur ou entrepreneur. En se fondant sur l'"expédition", on préserve ce droit de l'entité adjudicatrice. Si l'avis est retardé, égaré ou mal dirigé, l'entrepreneur ou fournisseur peut n'apprendre qu'après l'expiration de la période de validité de sa soumission que celle-ci a été acceptée mais dans la plupart des cas, cette conséquence sera moins grave que la perte du droit de l'entité adjudicatrice de lier le fournisseur ou entrepreneur.

19. La seconde méthode (énoncée au paragraphe 6) lie l'entrée en vigueur du marché à la signature par le fournisseur ou l'entrepreneur ayant présenté la soumission retenue d'un marché écrit conforme à la soumission. Ce n'est possible que si le dossier de sollicitation comporte cette exigence. L'exigence d'un document écrit ne devrait pas être considérée comme une norme pour l'ensemble des procédures de passation de marchés. Les États adoptants sont invités à indiquer dans leurs règlements en matière de passation des marchés les circonstances dans lesquelles un document écrit peut être exigé, en tenant compte du fait que cette exigence peut être particulièrement lourde pour les fournisseurs ou entrepreneurs étrangers et si l'État adoptant impose des mesures de vérification du pouvoir de signature.

20. La troisième méthode (énoncée au paragraphe 7) dispose que le marché entre en vigueur lorsqu'il est approuvé par une autre autorité. Dans les États adoptant cette disposition, les règlements en matière de passation des marchés pourront préciser les circonstances dans lesquelles cette approbation sera requise (par exemple, uniquement lorsque le marché dépasse une valeur donnée). Le paragraphe 7 réaffirme le rôle du dossier de sollicitation, qui indique aux fournisseurs ou entrepreneurs, dès le début de la procédure, les formalités requises pour l'entrée en vigueur du marché. La condition selon laquelle le dossier de sollicitation doit donner une estimation du délai nécessaire pour obtenir cette approbation et la disposition selon laquelle la non-obtention de l'approbation dans ce délai n'entraîne pas une prolongation de la période de validité de la soumission retenue ni de la garantie de soumission visent à établir un équilibre tenant compte des droits et des obligations des fournisseurs et entrepreneurs. Elles visent notamment à exclure le risque qu'un entrepreneur ou fournisseur retenu ne reste engagé envers l'entité adjudicatrice pendant une période indéterminée sans l'assurance que le marché entrera finalement en vigueur.

21. Afin de promouvoir les bonnes pratiques dans la passation de marchés, le paragraphe 8 précise que si le fournisseur ou entrepreneur dont la soumission est

acceptée ne signe pas de marché écrit conformément au paragraphe 6, l'entité adjudicatrice peut soit abandonner la passation soit décider d'attribuer le marché ou l'accord-cadre à la soumission à retenir suivante. Celle-ci est déterminée conformément aux dispositions régissant normalement la sélection de la soumission à retenir dans le cadre d'une méthode ou technique particulière de passation de marché. La latitude laissée à l'entité adjudicatrice d'abandonner la procédure dans de tels cas vise à limiter les risques de collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs. [Il convient d'ajouter des indications sur l'utilité de cette disposition dans la Loi type.]

Article 22. Publication des avis d'attribution de marché et d'accord-cadre

1. Afin de promouvoir la transparence dans la procédure de passation de marchés et la responsabilité de l'entité adjudicatrice vis-à-vis du public pour ce qui est de l'utilisation des fonds publics, l'article 22 exige que l'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution du marché ou de l'accord-cadre. Cette obligation est distincte de celle prévue à l'article 21-10 de communiquer un avis d'attribution du marché (ou de l'accord-cadre le cas échéant) aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté des soumissions dans la procédure de passation concernée, et de celle prévue à l'article 24-2 de communiquer à toute personne qui le demande les informations de cette nature figurant au procès-verbal. La Loi type ne précise pas comment l'avis est publié; cette question est laissée à l'État adoptant qui, comme le suggère le paragraphe 3, peut la traiter dans les règlements en matière de passation de marchés. Pour les règles minimales s'appliquant à la publication de ce type d'information, voir les indications concernant l'article 5 (aux paragraphes ... ci-dessus), qui sont pertinentes dans ce cadre.

2. Afin d'éviter le coût disproportionné que cette exigence de publication pourrait entraîner pour l'entité adjudicatrice si elle s'appliquait à tous les marchés, aussi faible soit leur valeur, [le paragraphe 2 permet à l'État adoptant de fixer une valeur monétaire en deçà de laquelle la publication ne serait pas exigée. Cependant, comme cette valeur seuil pourrait être sujette à des changements périodiques dus par exemple à l'inflation, il serait peut-être préférable de la fixer dans les règlements en matière de passation des marchés, qui seraient probablement moins compliqués à modifier que la législation.][19] Le paragraphe 2 exige la publication périodique, au moins une fois par an, d'un avis concernant l'ensemble de ces marchés.

3. L'exception de l'obligation de publication visée au paragraphe 2 concernant les marchés de faible valeur attribués au titre d'un accord-cadre, il est peu probable qu'elle porte sur les accords-cadres eux-mêmes, puisque la valeur cumulée des marchés ainsi attribués excèderait très probablement la faible valeur du seuil.

---

[19] Il faudra peut-être reformuler le texte entre crochets en fonction de la décision de la Commission concernant le lieu où les seuils devraient être précisés.

A/CN.9/731/Add.4 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le texte du Guide qui accompagnera les articles 23 à 25 du chapitre premier (Dispositions générales) et les articles 26 et 27 du chapitre II (Méthodes de passation des marchés et conditions d'utilisation de ces méthodes. Sollicitation et avis de passation de marché) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

Article 23. Confidentialité

1. L'article 23 a pour objet de protéger les informations confidentielles concernant toutes les parties à la procédure de passation. Il impose différentes règles de confidentialité à différents groupes de personnes, en fonction du type d'informations concernées. Il est complété par l'article 68 de la Loi type, qui traite de la protection des informations confidentielles dans une procédure de contestation ou d'appel.

2. Le paragraphe 1 vise les informations que l'entité adjudicatrice n'a pas le droit de divulguer aux fournisseurs ou entrepreneurs, ni au public. Il s'agit en premier lieu d'informations qui ne doivent pas être divulguées pour protéger des intérêts essentiels de la sécurité de l'État adoptant. Ces intérêts pourraient toucher des marchés indispensables à la sécurité nationale ou destinés à la défense nationale et des marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, mais aussi des marchés portant sur des expériences à des fins de recherche médicale ou sur l'achat de vaccins lors de pandémies[1]. Ce type d'informations seraient probablement considérées comme des informations classifiées dans la législation de l'État adoptant. Le commentaire relatif à la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", figurant à l'article 2, est par conséquent utile dans ce contexte (voir ... ci-avant).

---

[1] Certains spécialistes se demandent s'il convient de faire référence à "l'achat de vaccins lors de pandémies" dans ce contexte. Le Secrétariat demande des orientations à cet égard.

3. Le paragraphe 1 vise aussi les informations dont la divulgation serait contraire aux lois, en compromettrait l'application, nuirait à la concurrence loyale ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs. Il faudrait interpréter la formule "nuirait à la concurrence loyale" au sens large, c'est-à-dire comme visant non seulement la procédure de passation en question, mais aussi les passations ultérieures. En raison du champ d'application large de la disposition et du risque que l'entité adjudicatrice en abuse si elle dispose d'une trop grande latitude pour l'appliquer, il est essentiel que l'État adoptant insère, si ce n'est une liste exhaustive de ces informations, du moins une liste de leurs sources juridiques, dans les règlements en matière de passation des marchés. Le paragraphe 1 prévoit également que ces informations peuvent être divulguées uniquement sur injonction du tribunal ou d'un autre organe concerné désigné par l'État adoptant (qui peut, par exemple, être l'instance indépendante visée à l'article 66 de la Loi type). L'identité de l'organe doté d'un tel pouvoir doit être précisée dans la loi. L'injonction émise par le tribunal ou par un autre organe désigné déterminera la mesure dans laquelle ce type d'informations peuvent être divulguées et les procédures de divulgation.

4. Le paragraphe 2 traite des informations des fournisseurs ou entrepreneurs contenues dans les demandes de préqualification ou de présélection, ou dans les soumissions. De par leur nature, ce type de documents contiennent des informations commerciales sensibles. Leur divulgation à des fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou à une personne non autorisée risquerait de nuire à la concurrence loyale et porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou entrepreneurs. Une telle divulgation est par conséquent interdite de manière générale. Dans ce contexte, le terme "personne non autorisée" vise un tiers externe à l'entité adjudicatrice (y compris un membre d'une commission constituée pour examiner et évaluer les soumissions), à l'exception d'une instance de surveillance, de recours ou autre instance compétente autorisée à accéder aux informations en question conformément aux règles de droit applicables de l'État adoptant. Toutefois, la Loi type reconnaît qu'il est important de divulguer certaines informations contenues dans les demandes de préqualification ou de présélection et dans les soumissions – aux fournisseurs ou entrepreneurs concurrents ou au public en général – pour assurer la transparence et l'intégrité de la procédure de passation, ainsi que pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'engager une procédure de contestation ou d'appel efficace et au public d'exercer un contrôle effectif. Pour assurer la cohérence avec les dispositions de la Loi type qui traitent des divulgations autorisées à ces fins, le paragraphe 2 de l'article prévoit des exceptions à l'interdiction générale. Il renvoie aux exigences prévues dans les articles suivants: à l'article 21-2 et 10, aviser les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission des résultats de l'évaluation et de l'attribution du marché; à l'article 22, indiquer le nom du fournisseur ou de l'entrepreneur auquel le marché a été attribué et le prix de ce dernier dans l'avis public d'attribution du marché; à l'article 24, divulguer certaines informations figurant dans les demandes ou les soumissions en permettant au public et aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés d'accéder à certaines parties du procès-verbal et des dossiers de la procédure de passation de marché; et à l'article 41-3 de la Loi type, annoncer certaines informations figurant dans les offres soumises lors de l'ouverture des offres.

5. Alors que les paragraphes 1 et 2 sont d'application générale, indépendamment de la méthode de passation de marché utilisée, le paragraphe 3 est limité aux procédures de passation visées aux articles 47-3 et 48 à 50, qui prévoient des discussions, un dialogue ou des négociations entre l'entité adjudicatrice et des fournisseurs ou entrepreneurs. Contrairement aux paragraphes 1 et 2, qui imposent des obligations de confidentialité à l'entité adjudicatrice, le paragraphe 3 étend cette obligation à toutes les parties, et vise les informations liées aux discussions, aux communications, au dialogue ou aux négociations dans le contexte de ces procédures de passation. La divulgation de ces informations n'est possible que si l'autre partie y consent, si la législation l'exige, si le tribunal ou un autre organe concerné désigné par l'État adoptant l'ordonne, ou si le dossier de sollicitation l'autorise. La référence à l'ordonnance du tribunal ou d'un autre organe concerné désigné par l'État adoptant est identique à celle du paragraphe 1 de l'article. En désignant cet organe, l'État adoptant devrait par conséquent assurer la cohérence entre les deux paragraphes. La référence à l'autorisation de divulgation dans le dossier de sollicitation devrait être interprétée de manière restrictive. En effet, un dossier de sollicitation autorisant la divulgation de tous les types d'informations sans exception violerait les dispositions de la Loi type, notamment les paragraphes 1 et 2 de l'article. Le dossier de sollicitation devrait demander aux fournisseurs ou entrepreneurs de préciser, dans leurs soumissions, les informations qu'ils jugent confidentielles.

6. Le paragraphe 4 a aussi une portée limitée, puisqu'il ne s'applique qu'à la passation de marché mettant en jeu des informations classifiées (pour ce qui est de la définition du terme "passation de marché mettant en jeu des informations classifiées", voir l'article 2 j) et le commentaire y relatif au paragraphe ... ci-avant). Il prévoit que l'entité adjudicatrice peut prendre, outre les mesures susceptibles d'être exigées par la loi de l'État adoptant pour protéger les informations classifiées (ces mesures comprennent l'interdiction générale de toute divulgation au public visée par le paragraphe 1 de l'article), des mesures supplémentaires pour protéger ces informations dans le cadre d'une passation de marché particulière. Ces mesures supplémentaires peuvent concerner uniquement les fournisseurs ou entrepreneurs ou être étendues à leurs sous-traitants. Elles peuvent être justifiées par le caractère sensible de l'objet du marché ou par l'existence d'informations classifiées, même lorsque l'objet lui-même n'est pas sensible (par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'assurer la confidentialité des informations concernant les délais de livraison ou le lieu de livraison), ou encore par les deux.

Article 24. Procès-verbal et dossiers de la procédure de passation de marché

1. Cet article a pour objet de promouvoir la transparence et l'obligation de rendre des comptes dans le cadre de la passation en exigeant que l'entité adjudicatrice tienne un procès-verbal complet de la procédure de passation de marché, auquel auront accès les personnes intéressées et autorisées. Ce procès-verbal résume les principales données de la procédure de passation. Il est essentiel que les personnes intéressées et autorisées y aient rapidement accès pour que toute procédure de contestation ou d'appel engagée par les fournisseurs ou entrepreneurs lésés soit efficace. Grâce à cette mesure d'appui, la législation sur la passation des marchés

dispose de son propre mécanisme pour garantir, dans la mesure du possible, son application et le contrôle de son application. En outre, l'incorporation dans cette législation de conditions strictes relatives aux procès verbaux facilite la tâche des organes de surveillance exerçant une fonction de contrôle ou de vérification des comptes et rend les entités adjudicatrices davantage comptables envers le public des dépenses de fonds publics qu'elles effectuent.

2. Cet article ne prescrit ni la forme ni la manière dont le procès-verbal doit être tenu. Ces questions sont soumises à l'article 7, qui régit la forme et les moyens de communication dans la passation des marchés, et en particulier aux règles énoncées dans les paragraphes 1 et 4 de cet article (voir le commentaire relatif aux dispositions concernées de cet article au paragraphe ... ci-avant).

3. La liste des renseignements devant figurer dans le procès-verbal conformément au paragraphe 1 de l'article ne se veut pas exhaustive, comme l'indiquent le chapeau (qui emploie le mot "inclut") et l'alinéa w) du paragraphe 1. Ce dernier alinéa est une disposition "fourre-tout" figurant en fin de liste, qui devrait garantir que toutes les décisions importantes prises dans le cadre d'une procédure de passation et les raisons qui les expliquent soient inscrites au procès-verbal. Certaines de ces décisions, même si elles ne sont pas mentionnées au paragraphe 1 de l'article, doivent être inscrites au procès-verbal conformément à d'autres dispositions de la Loi type. Ainsi, l'article 34-3 exige de consigner au procès-verbal la décision motivée de recourir à la sollicitation directe plutôt qu'à la sollicitation ouverte dans la procédure de demande de propositions. Les articles 52-2 et 59-7 exigent de consigner la décision motivée de limiter la participation aux enchères et aux accords-cadres ouverts, respectivement, en raison de contraintes technologiques. L'alinéa w) mentionne également les renseignements dont les règlements en matière de passation des marchés peuvent exiger l'inscription au procès-verbal.

4. La référence, dans le chapeau du paragraphe 1, à la "tenue" du procès-verbal devrait être interprétée comme signifiant que ce dernier doit être actualisé une fois que les renseignements ont été fournis. Les renseignements sont donc inscrits au procès-verbal dans la mesure où ils sont connus de l'entité adjudicatrice. Par exemple, dans les procédures de passation où toutes les propositions n'ont pas été complètement développées ou finalisées par leurs auteurs, en particulier lorsque certaines n'ont pas franchi les étapes finales de la procédure, l'entité adjudicatrice pourrait inclure, conformément à l'alinéa s) du paragraphe 1, un résumé des conditions de chaque soumission dont elle a connaissance au moment considéré de la procédure. La référence, dans le même alinéa, à un "mode de détermination du prix" vise à tenir compte des cas où, en particulier dans les marchés de services, les soumissions contiennent une formule permettant de déterminer le prix, mais non un prix lui-même.

5. L'incorporation des obligations de tenue d'un procès verbal suppose notamment de spécifier dans quelle mesure et à qui les informations devraient être communiquées. Pour déterminer les paramètres en la matière, il faut concilier différents facteurs tels que les suivants: le fait qu'il est généralement souhaitable, s'agissant de l'obligation pour les entités adjudicatrices de rendre des comptes, de divulguer toutes les informations; le fait qu'il est nécessaire de donner aux fournisseurs et entrepreneurs les informations dont ils ont besoin pour évaluer leur performance dans le cadre de la procédure et déterminer s'ils ont des motifs

légitimes de recours; et le fait qu'il faut protéger des informations commerciales confidentielles de fournisseurs et d'entrepreneurs. Au vu de ces considérations, l'article 24 prévoit deux niveaux de communication: au paragraphe 2, il impose la communication à quiconque des renseignements visés aux alinéas a) à k) du paragraphe 1 – informations de base dans l'optique de permettre à l'entité adjudicatrice de rendre des comptes au public. Au paragraphe 3, il impose la communication d'informations plus détaillées concernant la conduite de la procédure aux fournisseurs et entrepreneurs qui ont présenté une soumission, car ils ont besoin de ces informations pour suivre leur performance respective dans la procédure de passation et contrôler comment l'entité adjudicatrice applique les dispositions de la Loi type.

6. Le groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs visés au paragraphe 3 est limité à ceux qui ont présenté des soumissions, car les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont été disqualifiés au stade de la préqualification ou de la présélection ne devraient pas avoir accès aux informations concernant l'examen et l'évaluation des soumissions. Les motifs de leur disqualification leur sont communiqués conformément aux articles 17-10 et 48-3 e), ce qui devrait leur donner suffisamment d'éléments pour déterminer s'ils souhaitent ou non contester leur exclusion en vertu du chapitre VIII de la Loi type.

7. Le paragraphe 3 autorise la divulgation de certaines parties du procès-verbal aux fournisseurs ou entrepreneurs au moment où ils ont pris connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière (ou de l'abandon de la passation de marché) pour donner effet au droit de contestation visé à l'article 63 (chapitre VIII de la Loi type). Pour que cette disposition produise ses effets, l'entité adjudicatrice doit leur donner rapidement accès aux parties en question du procès-verbal[2]. En retardant la divulgation jusqu'à l'entrée en vigueur du marché, par exemple, elle risque de priver les fournisseurs et entrepreneurs lésés d'un recours réel. Cette disposition vise aussi à tenir compte des deux manières dont les fournisseurs ou entrepreneurs concernés peuvent prendre connaissance de l'acceptation d'une soumission particulière: soit au moment où leur est notifié le délai d'attente, conformément à l'article 21-2, soit dans d'autres circonstances possibles[3], y compris en l'absence d'une telle notification.

8. La divulgation d'informations soit au public soit aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés est sans préjudice de l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article, qui énonce les raisons autorisant l'entité adjudicatrice à ne pas divulguer des informations, et de l'alinéa b) du même paragraphe, qui énumère les informations qui ne peuvent pas être divulguées. (Voir le commentaire relatif à l'article 22 au paragraphe ... ci-avant, qui traite de questions liées à l'alinéa a).) Pour ce qui est de l'alinéa b), comme le mentionne le commentaire relatif à l'article 22 et au présent article figurant ci-avant, l'un des objectifs nécessaires de ces dispositions est d'éviter la divulgation d'informations commerciales

---

[2] Les dispositions pertinentes de la Loi type n'exigent pas que les parties du procès-verbal soient communiquées rapidement. La Commission voudra peut-être examiner s'il faut modifier le paragraphe 3 dans ce sens.

[3] Il faudrait peut-être donner des explications plus détaillées sur ces circonstances éventuelles, en particulier préciser s'il s'agit uniquement de la publication de l'avis d'attribution du marché ou de circonstances plus générales (rumeurs, informations diffusées par les médias, etc.). Le Secrétariat demande des orientations à cet égard.

confidentielles aux fournisseurs et entrepreneurs. Cette nécessité se pose tout particulièrement pour les informations concernant l'évaluation des soumissions, car celles-ci peuvent naturellement comprendre des informations commerciales sensibles, que les fournisseurs et entrepreneurs ont un intérêt légitime à protéger. Aussi l'alinéa t) du paragraphe 1 ne mentionne-t-il qu'un résumé de l'évaluation des soumissions, alors que l'alinéa b) du paragraphe 4 restreint la divulgation d'informations plus détaillées autres que celles pouvant être communiquées dans ce résumé.

9. Le mécanisme de divulgation limitée décrit aux paragraphes 2 et 3 n'empêche pas l'application à certaines parties du procès-verbal d'autres lois de l'État adoptant qui confèrent au public un droit général d'accès aux documents officiels. Par exemple, la divulgation des informations figurant dans le procès-verbal aux organes de surveillance peut être imposée par la loi applicable de l'État adoptant.

10. Le paragraphe 5 de l'article s'inspire d'une disposition de la Convention des Nations Unies contre la corruption qui prévoit que "chaque État partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures civiles et administratives nécessaires pour préserver l'intégrité des livres et états comptables, états financiers ou autres documents concernant les dépenses et recettes publiques et pour en empêcher la falsification" (article 9-3 de la Convention). L'obligation de conserver les documents relatifs à la procédure de passation de marché et les règles applicables à leur enregistrement et archivage, y compris la durée de conservation du procès-verbal et de tous les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, devraient être énoncées dans d'autres dispositions de la législation de l'État adoptant. Si l'État adoptant estime que les règles et les directives internes applicables devraient également être conservées avec le procès-verbal et les documents relatifs à la passation d'un marché particulier, il peut prévoir cette obligation dans les règlements en matière de passation des marchés.

Article 25. Code de conduite

1. Cet article a pour objet de souligner la nécessité, pour les États, d'adopter un code de conduite pour les administrateurs et employés des entités adjudicatrices, qui devrait traiter des conflits d'intérêts réels ou supposés, et des risques accrus d'irrégularités de la part des administrateurs ou employés des entités adjudicatrices dans ce genre de situations, ainsi que des mesures visant à réduire ces risques, notamment l'exigence d'une déclaration d'intérêts. L'adoption d'un tel code devrait être considérée comme un moyen d'appliquer certaines dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Bien que cette dernière s'applique de manière générale et ne concerne pas uniquement la passation de marchés, comme il est mentionné aux paragraphes ... de la première partie du Guide, certaines de ses dispositions, notamment les articles 8 et 9, concernent directement la passation des marchés publics et les mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés. Les États adoptants peuvent faire en sorte de combler, par le biais de ces codes de conduite, les lacunes dans la réglementation et l'adoption de mesures aux fins de la mise en œuvre effective des dispositions pertinentes de la Convention.

2. Suivant la tradition juridique des États adoptants, les codes de conduite peuvent être adoptés dans le cadre du droit administratif de l'État concerné, au niveau soit de la législation soit de la réglementation, par exemple dans les règlements en matière de passation des marchés. Ils peuvent s'appliquer de manière générale à tous les agents publics, indépendamment du secteur économique, ou s'appliquer spécifiquement aux personnels chargés de la passation des marchés, et certains peuvent faire partie de la législation et de la réglementation des marchés. Même un code de conduite général applicable aux agents publics contiendra probablement des dispositions portant spécifiquement sur la conduite des personnels chargés de la passation. Un État adoptant qui envisage d'adopter un code de conduite, ou de moderniser un code existant, destiné à ses agents publics ou plus particulièrement aux personnels chargés de la passation, voudra peut-être consulter les documents pertinents établis par des organisations internationales, notamment l'Organisation de coopération et de développement économiques.

3. Les dispositions de l'article 25 s'intéressent avant tout aux conflits d'intérêts dans la passation des marchés, car ceux-ci ont des incidences particulièrement négatives sur la transparence, l'objectivité et l'obligation de rendre des comptes dans la passation de marchés publics. Sans avoir la prétention d'être exhaustives, elles énumèrent quelques mesures visant à réglementer la conduite des personnels chargés de la passation dans les situations de conflits d'intérêts, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt, des procédures de sélection et des exigences en matière de formation. Ces mesures sont conformes à l'article 8-5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, qui fait référence: "[aux] mesures et [aux] systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts". La Loi type ne prévoit que des principes généraux, car elle reconnaît qu'il serait impossible d'énoncer des règles exhaustives sur les situations de conflits d'intérêts, y compris les mesures visant à réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, chaque État ayant une façon différente de traiter la question.

4. Outre les situations de conflits d'intérêts et les mesures expressément mentionnées dans l'article pour réduire le risque d'irrégularités dans ce genre de situations, un code de conduite devrait traiter d'autres questions, notamment les préoccupations que soulève le phénomène de la "porte tournante" (agents publics demandant ou se voyant proposer un emploi dans le secteur privé auprès d'entités ou de personnes qui pourraient participer à des procédures de passation de marché). Si les dispositions ne visent pas à imposer aux États adoptants d'adopter un code de conduite régissant les relations des fournisseurs et entrepreneurs avec l'entité adjudicatrice, certaines dispositions du code de conduite, notamment celles qui traitent du phénomène de la "porte tournante", devraient indirectement fixer des limites au comportement des entités ou personnes du secteur privé dans leurs relations avec les agents publics.

5. Les dispositions de cet article qui exigent que le code de conduite soit promptement rendu accessible au public et systématiquement tenu à jour doivent être lues conjointement avec l'article 5-1 de la Loi type, qui prévoit une obligation similaire pour les textes juridiques d'application générale. Le commentaire relatif à

l'article 5-1 est par conséquent utile dans le contexte des dispositions de l'article 25 (voir ... ci-avant).

Article 26. Méthodes de passation des marchés

1. L'article 26 énumère toutes les méthodes et techniques prévues dans la Loi type pour mener des procédures de passation de marchés. Cette énumération vise à tenir compte des diverses situations pouvant surgir dans la pratique. Elle doit permettre à l'entité adjudicatrice, lorsque celle-ci examine comment conduire une procédure de passation, de prendre en considération différents facteurs: les biens, travaux ou services à acquérir (l'objet du marché), la situation du marché (nombre de fournisseurs potentiels, degré de concentration et caractère plus ou moins concurrentiel du marché et degré éventuel d'urgence) et le niveau approprié de la technologie à utiliser pour la passation (notamment la question de savoir s'il convient d'utiliser des moyens électroniques de passation).

2. Le paragraphe 1 énumère les méthodes de passation possibles. La première d'entre elles est l'appel d'offres ouvert, que la Loi type considère comme la méthode à utiliser en premier lieu (méthode de passation par défaut), car les procédures s'y rattachant contribuent le plus à la réalisation des objectifs de la Loi type, en appliquant les principes de concurrence, d'objectivité et de transparence (ce point est examiné plus avant dans …). L'entité adjudicatrice doit par conséquent recourir à cette méthode à moins que d'autres méthodes de passation (ou méthodes alternatives) ne se justifient. Ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 27, le principal moyen de justifier le recours à une méthode alternative est de satisfaire aux conditions d'utilisation imposées pour cette méthode.

3. Les méthodes de passation alternatives comprennent toutes les autres méthodes énumérées au paragraphe 1. Elles peuvent être utilisées pour divers objets de marché, allant d'articles standard à des produits très complexes, dont l'acquisition ne se prête peut-être pas à un appel d'offres ouvert. Certaines de ces méthodes se fondent sur la technique de l'appel d'offres (appel d'offres restreint, appel d'offres en deux étapes [et accords-cadres ouverts]) qui exige une description de l'objet du marché fondée sur des spécifications techniques et dans laquelle l'entité adjudicatrice garde le contrôle et la responsabilité de la solution technique. D'autres se fondent sur la technique de la demande de propositions (demande de propositions sans négociation, demande de propositions avec dialogue et demande de propositions avec négociations consécutives) par laquelle l'entité adjudicatrice demande aux fournisseurs ou entrepreneurs de proposer des solutions répondant à ses besoins, décrits sous la forme d'exigences et de normes techniques minimales, et dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs doivent faire en sorte que leurs solutions répondent effectivement aux besoins de l'entité. Certaines méthodes sont moins structurées ou plus souples (demande de prix, négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) en raison des situations particulières dans lesquelles elles peuvent être utilisées (marché de très faible valeur, diverses situations d'urgence etc.), situations qui se prêtent moins, voire ne se prêtent pas du tout, à des méthodes plus structurées et moins souples. Bien qu'elles soient mentionnées à l'alinéa i) du paragraphe 1 en tant que méthode autonome, les enchères électroniques inversées peuvent également être utilisées

comme une technique (de manière similaire aux accords-cadres [fermés] mentionnés au paragraphe 2) en tant qu'étape finale précédant l'attribution du marché dans toute méthode de passation énumérée au paragraphe 1, ainsi que dans l'attribution de marchés sur la base d'un accord-cadre[4].

4. Le paragraphe 2 mentionne la procédure d'accord-cadre [fermé]. Cette procédure n'est pas une méthode de passation en soi. Il s'agit d'une technique consistant à attribuer un accord-cadre [fermé] en recourant aux méthodes de passation énumérées au paragraphe 1 puis de passer des commandes sur la base de l'accord-cadre ainsi attribué[5].

5. Les méthodes et techniques prévues peuvent être considérées comme autant d'outils, dont l'entité adjudicatrice devrait choisir le plus approprié pour mener la passation envisagée. Il est toutefois admis que les conditions d'utilisation et les fonctionnalités de certaines méthodes se chevaucheront, ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans le commentaire de l'article 27 ci-après. Par exemple, on peut considérer que les situations envisagées pour le recours à la demande de propositions pourront se prêter également à une procédure d'appel d'offres si l'entité formule des spécifications en termes de résultats ou de performance[6]. De même, la situation justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint à l'article 28-1 a) pourra se prêter efficacement à un appel d'offres ouvert. (L'appel d'offres restreint suppose la publication d'un avis au début de la procédure et l'invitation à participer doit être adressée à tous ceux qui souhaitent prendre part à la passation; les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent participer sauf s'il est considéré qu'ils ne possèdent pas les qualifications requises. De ce point de vue, il est possible que les avantages procéduraux de l'appel d'offres restreint par rapport à l'appel d'offres ouvert ne soient pas énormes (et du point de vue institutionnel, des frais généraux supplémentaires devront être engagés pour veiller à ce que les règles sur la sollicitation dans le cadre de l'appel d'offres restreint soient bien comprises et appliquées). De même encore, lorsque les conditions d'utilisation de l'appel d'offres restreint énoncées à l'article 28-1 b) s'appliquent, il est probable qu'une méthode de passation prévue pour les marchés de faible valeur ou les marchés simples, telle que la demande de prix ou les enchères électroniques inversées, soit également envisageable et indiquée.)

6. On trouvera de plus amples indications sur le choix entre les différentes méthodes de passation alternatives dans le commentaire de l'article 27 plus bas, ainsi que dans le commentaire accompagnant chaque méthode de passation. Ces indications présupposent de la part de l'entité adjudicatrice un jugement et une expérience professionnels suffisants pour choisir la méthode appropriée et pour l'utiliser efficacement.

7. Comme il est indiqué dans la note de bas de page se rapportant à l'article 26, les États adoptants peuvent décider de ne pas incorporer dans leur législation nationale toutes les méthodes prévues par la Loi type. Il est cependant aussi noté

---

[4] Il faudra peut-être modifier ce paragraphe s'il est décidé de faire figurer les accords-cadres ouverts dans la liste des méthodes de passation au paragraphe 1 de l'article.

[5] Ibid.

[6] Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si de plus amples détails devraient être donnés sur ce point et, dans l'affirmative, quelle devrait en être la teneur.

que les États adoptants devraient toujours prévoir l'appel d'offres ouvert, qui comme on l'a vu plus haut est la méthode de passation par défaut.

8. Lorsqu'ils déterminent lesquelles des méthodes alternatives retenir, les États adoptants devraient prévoir suffisamment d'options pour répondre aux situations normales dans lesquelles ils passent des marchés, en se référant aux circonstances décrites plus haut ainsi qu'à d'autres pouvant se poser plus particulièrement chez eux. Les États adoptants devraient au moins prévoir (outre l'appel d'offres ouvert) une méthode pouvant être utilisée pour la passation de marchés simples et de faible valeur, une méthode pouvant être utilisée dans diverses situations d'urgence et une méthode pouvant servir pour les marchés plus spécialisés ou complexes. Lorsque l'État adoptant introduit une législation sur la passation des marchés pour la première fois, il sera peut-être bon qu'il fonde son système sur un nombre plus limité de méthodes que celui prévu dans la Loi type et que ces méthodes reposent sur l'appel d'offres pour tous les types de marchés, à l'exclusion des marchés passés dans des situations d'urgence et des marchés de très faible valeur (pour lesquels des méthodes moins structurées ou plus souples sont présentées dans la Loi type); les capacités acquises dans l'utilisation de ces procédures permettront d'introduire à un stade ultérieur d'autres méthodes, dont la demande de propositions avec négociations ou dialogue.

9. Lorsque les États adoptants considèrent qu'une plus grande faculté de choix entre les méthodes de passation serait nécessaire, les règlements en matière de passation des marchés pourront établir une hiérarchie des méthodes de passation, laquelle sera accompagnée d'indications détaillées pour déterminer la méthode appropriée. Ces règlements et indications devraient préciser en particulier comment sélectionner la méthode appropriée lorsque les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes et/ou techniques s'appliquent.

10. Étant donné que certaines méthodes peuvent être considérées comme plus exposées aux abus et à la corruption que d'autres, et du fait que certaines méthodes exigent des moyens plus importants pour bien fonctionner, les commentaires accompagnant chaque méthode dans […] visent à aider les États adoptants à examiner quelles méthodes conviennent dans leur système juridique, à mettre en exergue les questions pouvant découler de leur utilisation et les problèmes de capacité pouvant se poser, et à servir de référence aux personnes chargées de rédiger la réglementation et les divers instruments explicatifs. Enfin, les États adoptants voudront examiner si les accords internationaux auxquels ils sont parties, ou les règles édictées par les donateurs, exigent d'adapter les conditions d'utilisation ainsi que l'utilisation des méthodes de passation prévues dans la Loi type, comme on le verra en particulier dans le commentaire relatif aux méthodes de passation fondées sur la demande de propositions.

Article 27. Règles générales applicables au choix d'une méthode de passation de marché

1. L'article 27 a pour objet de guider l'entité adjudicatrice dans son choix de la méthode adaptée aux circonstances d'une passation déterminée.

2. Le paragraphe 1 pose la règle fondamentale: l'appel d'offres ouvert est la méthode de passation par défaut. Son utilisation n'est soumise à aucune condition.

Cette méthode peut toujours être utilisée. L'appel d'offres ouvert étant la méthode par défaut, il s'ensuit que l'utilisation de toute autre méthode de passation doit être justifiée, justification qui repose sur l'examen du respect des conditions d'utilisation prévues pour cette autre méthode. Le paragraphe 1 exige donc de manière générale que les autres méthodes ne puissent être utilisées que si les conditions d'utilisation énoncées aux articles 28 à [31] de la Loi type le permettent. En conséquence, l'entité adjudicatrice n'a pas toute latitude pour choisir à son gré une méthode autre que l'appel d'offres ouvert. Elle est en fait tenue, dans un premier temps, d'examiner si elle peut utiliser cette autre méthode dans les circonstances de la passation envisagée – en d'autres termes, de vérifier si les conditions d'utilisation de cette autre méthode sont satisfaites. Les conditions d'utilisation contiennent des garanties en particulier contre tout recours abusif à des méthodes moins structurées et plus souples de passation dans le but d'éviter une procédure d'appel d'offres ouvert ou une autre méthode de passation qui, quoique plus longue, offre plus de transparence, d'objectivité et de concurrence.

3. Ainsi qu'il est noté plus haut, les conditions d'utilisation visent à prendre en compte les circonstances différentes et fréquentes qui peuvent justifier le recours à l'une ou l'autre des méthodes alternatives de passation. Par exemple, l'une des conditions justifiant l'utilisation de l'appel d'offres restreint (article 28-1 a)) se réfère à l'acquisition de produits extrêmement complexes qui ne sont disponibles auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs. Lorsqu'il est impossible ou qu'il ne convient pas de formuler une description complète (contenant les spécifications techniques) de l'objet du marché au début de la procédure de passation, il se peut qu'un appel d'offres en deux étapes ou une demande de propositions avec dialogue convienne davantage. Lorsque les aspects qualitatifs sont très importants (ce qui est fréquent en cas de passation de marchés de services non quantifiables à caractère intellectuel), la demande de propositions sans négociations ou avec négociations consécutives peut être utilisée. Les négociations avec appel à la concurrence sont destinées à la passation de marchés soulevant des questions de sécurité nationale et de marchés dans des situations d'urgence, alors que la sollicitation d'une source unique ne se justifie que par les motifs objectifs énumérés (ces motifs sont, hormis les situations d'urgence, le fait qu'un seul fournisseur dans un secteur déterminé soit en mesure de satisfaire les besoins de l'entité adjudicatrice)[7].

4. On trouvera dans [...] un commentaire, assorti dans chaque cas d'explications, sur les conditions d'utilisation de chacune des méthodes alternatives de passation prévues dans la Loi type. Ce commentaire examine également certaines des circonstances particulières justifiant l'utilisation de chaque méthode ainsi que certains aspects des procédures s'y rattachant (lesquelles peuvent influer sur le choix de la méthode). Les conditions d'utilisation indiquent si telle ou telle méthode ou technique de passation peut être utilisée dans une procédure déterminée. Toutefois, elles ne répondent pas à elles seules à la question de savoir si la méthode convient effectivement pour la procédure en question.

---

[7] Le commentaire relatif à l'utilisation de ces méthodes de passation (négociations avec appel à la concurrence et sollicitation d'une source unique) indiquera que les États adoptants peuvent considérer certaines des circonstances envisagées pour une telle utilisation comme improbables dans leur système actuel et conclure de ce fait qu'il n'est pas nécessaire d'inclure toutes les conditions.

5. Les conditions d'utilisation ne fournissent pas d'indications complètes sur le choix à opérer entre les différentes méthodes de passation. En effet, les conditions d'utilisation de plusieurs méthodes (en plus de l'appel d'offres ouvert, auquel il est toujours possible de recourir) peuvent s'appliquer en l'espèce. L'exemple donné dans [l'Annexe [...] du présent Guide] illustre les chevauchements possibles entre les différentes conditions d'utilisation posées par la Loi type. Seul un examen de toutes les circonstances de la passation permettra de déterminer quelle est la méthode appropriée ou la plus appropriée. C'est ce qu'indique le paragraphe 2 de l'article, qui exige de l'entité adjudicatrice qu'elle choisisse une méthode alternative adaptée aux circonstances de la passation concernée. Ces circonstances varieront selon la passation et, comme l'indique le commentaire de l'article 26, l'entité adjudicatrice devra posséder une connaissance, une expérience et des compétences professionnelles suffisantes pour choisir la méthode la plus adaptée aux circonstances de la passation envisagée parmi toutes les méthodes possibles prévues dans la Loi type.

6. Par exemple, pour décider si elle doit recourir à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes ou encore à la demande de propositions avec dialogue, l'entité adjudicatrice doit déterminer si elle souhaite garder le contrôle de la solution technique lorsque l'objet du marché est relativement complexe. Si elle souhaite conserver ce contrôle mais également préciser la description et les spécifications techniques communiquées au début de la procédure en discutant avec les fournisseurs durant le processus afin de parvenir à la meilleure solution, l'appel d'offres en deux étapes conviendra probablement mieux qu'un appel d'offres ouvert. (Une consultation peut précéder la procédure d'appel d'offres en deux étapes, pour permettre l'élaboration d'une description et de spécifications techniques initiales.) Si l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure de conserver ce contrôle ou si elle considère qu'il n'est pas souhaitable de le conserver, la demande de propositions avec dialogue conviendra. On estime généralement que l'utilisation de la demande de propositions avec dialogue, laquelle suppose que l'entité adjudicatrice soit en mesure d'évaluer et de vérifier différentes solutions ainsi que d'engager un dialogue sur les conditions techniques et commerciales, notamment le prix, exige davantage de moyens que la mise en œuvre de l'appel d'offres en deux étapes (en particulier lorsqu'une consultation a précédé l'appel d'offres en deux étapes pour l'élaboration de la description et des spécifications initiales).

7. Le paragraphe 2 de l'article exige en outre de l'entité adjudicatrice qu'elle "s'efforce d'assurer la plus grande concurrence possible" lorsqu'elle choisit la méthode de passation. Dans ce contexte, la notion de "concurrence" signifie que l'entité adjudicatrice doit, d'abord, privilégier la sollicitation ouverte afin d'accroître au maximum le nombre potentiel de fournisseurs participants et, ensuite, éviter que la procédure ne limite le nombre de participants au point que celui-ci soit inférieur au nombre nécessaire pour qu'ils se fassent effectivement concurrence (et ne se livrent pas à des pratiques collusives).

8. L'obligation d'assurer la plus grande concurrence possible déterminera quelle sera la méthode la plus appropriée parmi celles prévues dans certaines situations. Par exemple, dans les situations d'urgence qui font suite à une catastrophe naturelle ou similaire, la Loi type prévoit deux méthodes possibles: les négociations avec appel à la concurrence et la sollicitation d'une source unique. Les conditions d'utilisation de ces méthodes sont pratiquement identiques: elles exigent

respectivement que l'objet du marché soit nécessaire "d'urgence" ou "d'extrême urgence" suite à la catastrophe, sous réserve cependant dans les deux cas qu'il soit impossible de recourir à l'appel d'offres ouvert ou à une autre méthode de passation en raison du temps que cela prendrait. Si l'on considère que les négociations avec appel à la concurrence tout comme la sollicitation d'une source unique garantissent moins de concurrence (mais également moins d'objectivité et de transparence) que les autres méthodes de passation, il est clair que la concurrence existe jusqu'à un certain point dans les négociations avec appel à la concurrence et qu'elle fait essentiellement défaut dans la sollicitation d'une source unique. C'est pourquoi il ne peut être recouru à la seconde que dans les cas d'extrême urgence: notamment pour subvenir aux besoins qui surviennent immédiatement après la catastrophe (par exemple, besoins en eau potable, en aide alimentaire d'urgence et en abris ou besoins médicaux immédiats). L'apparition d'autres besoins toujours directement liés à la catastrophe, y compris des mêmes besoins que ceux mentionnés plus haut, plusieurs semaines voire plusieurs mois après la catastrophe laisse le temps à l'entité adjudicatrice de recourir aux négociations avec appel à la concurrence en lieu et place de la procédure de sollicitation d'une source unique (et, plus on avance dans le temps après la catastrophe, et plus la probabilité d'utiliser l'une ou l'autre de ces méthodes diminue, étant donné que l'entité disposera de temps pour recourir à d'autres méthodes). Le commentaire sur ces deux méthodes examine cette question ainsi que les autres mesures pouvant être prises pour limiter les risques qu'elles supposent; le commentaire sur les accords-cadres met également en avant l'utilisation de cette technique en prévision des situations d'urgence.

9. Le paragraphe 3 de l'article renforce la nécessité de justifier l'utilisation de méthodes alternatives de passation en exigeant de l'entité adjudicatrice qu'elle indique dans le procès-verbal de la passation de marché les raisons et circonstances motivant cette utilisation. Cette exigence est également posée à l'article 24-1 e).

Annexe [...]

Achat d'ordinateurs portables

1. Les conditions d'utilisation de la demande de prix, de l'enchère électronique inversée, de l'appel d'offres restreint, de la sollicitation d'une source unique et de l'accord-cadre susceptibles de s'appliquer à ce type d'acquisition sont rappelées ci-dessous. L'examen qui suit de la manière dont les méthodes et techniques peuvent être utilisées et peuvent convenir pour l'acquisition d'ordinateurs portables tient compte de ces conditions. Cet examen se fonde également sur le commentaire accompagnant chacune de ces méthodes et techniques dans [...].

Méthode	*Condition d'utilisation*
Demande de prix	Acquisition de biens ou de services immédiatement disponibles qui ne sont pas produits ou fournis spécialement pour répondre à la description particulière de l'entité adjudicatrice et pour lesquels il existe un marché, à condition que la valeur estimée du marché soit inférieure au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation des marchés.
Enchère électronique inversée (en tant que méthode autonome)	Lorsque l'entité adjudicatrice est en mesure de formuler une description détaillée et précise de l'objet du marché; ET Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée; ET Lorsque les critères qu'utilisera l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.
Appel d'offres restreint (article 28-1 a))	L'objet du marché, de par sa nature extrêmement complexe ou spécialisée, n'est disponible qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs.
Appel d'offres restreint (article 28-1 b))	Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre d'offres seraient disproportionnés par rapport à la valeur de l'objet du marché.
Sollicitation d'une source unique	Lorsque l'entité adjudicatrice, après s'être procuré des biens, du matériel, des technologies ou des services auprès d'un fournisseur ou entrepreneur, conclut qu'elle doit se procurer des fournitures supplémentaires auprès du même fournisseur ou entrepreneur pour des raisons de normalisation ou pour assurer la compatibilité avec les biens, le matériel, les technologies ou les services existants, compte tenu du fait que le marché initial a répondu à ses besoins, de l'ampleur limitée du marché envisagé par rapport au marché initial, du caractère raisonnable du prix et de l'impossibilité de trouver d'autres biens ou services de remplacement qui conviennent; OU Lorsque l'objet du marché ne peut être obtenu qu'auprès d'un fournisseur ou entrepreneur donné, ou un fournisseur ou entrepreneur donné a des droits exclusifs sur l'objet du marché, de sorte qu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et qu'il serait de ce fait impossible d'utiliser une autre méthode de passation.
Enchère électronique inversée (en tant qu'étape d'une méthode de passation)	Lorsque les critères qu'utilisera l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir sont quantifiables et peuvent être exprimés en termes pécuniaires.
Accord-cadre (combiné à une méthode de passation)	L'objet du marché devrait être nécessaire de manière indéterminée au cours d'une période donnée.

2. Si les ordinateurs portables nécessaires sont des articles standard disponibles sur le marché, sans que l'entité adjudicatrice ait besoin d'une conception particulière (par exemple d'un logiciel spécialisé) et si la valeur estimative du marché est inférieure au seuil établi par la réglementation des marchés, l'entité pourra alors utiliser la demande de prix. Si le temps et le coût nécessaires pour examiner et évaluer le nombre probable d'offres risquent d'être excessifs par rapport à la valeur du marché, que cette dernière dépasse ou non le seuil requis pour utiliser la demande de prix, l'entité adjudicatrice pourra également utiliser l'appel d'offres restreint. Par ailleurs, il sera normalement possible de formuler une description qui réponde aux conditions requises pour recourir aux enchères électroniques inversées, le marché visé sera probablement concurrentiel et les critères d'évaluation seront quantifiables, si bien que l'entité pourra également utiliser l'enchère électronique inversée en tant que méthode de passation autonome. Elle pourrait également y recourir en tant qu'étape dans la procédure de demande de prix ou d'appel d'offres restreint, car les critères d'évaluation sont quantifiables comme l'exigent les conditions d'utilisation. Il est possible que l'acquisition des ordinateurs portables ne soit pas une opération unique, auquel cas l'entité pourra recourir à un accord-cadre. Il est possible, situation moins fréquente, que l'entité adjudicatrice concernée ait besoin pour ces ordinateurs d'un logiciel très spécialisé, qu'elle ne peut se procurer sous licence qu'auprès d'un développeur ou d'un nombre limité de développeurs, auquel cas l'appel d'offres restreint voire la sollicitation d'une source unique seraient indiqués.

3. Si on part de l'hypothèse que les ordinateurs n'ont pas besoin d'être adaptés, l'obligation posée à l'article 27-2 d'assurer le maximum de concurrence laisse penser que l'enchère électronique inversée autonome, qui est une procédure ouverte, permettrait de satisfaire à cette obligation. Toutefois, si un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs sont invités à participer à un appel d'offres restreint, un niveau équivalent de concurrence peut être garanti; la nature du secteur visé peut être telle que même le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à une procédure de demande de prix garantira également une concurrence équivalente.

4. L'entité adjudicatrice souhaitera également examiner l'efficacité administrative de la procédure elle-même afin de déterminer quelle sera la méthode appropriée (cette question est sous-entendue dans la condition d'utilisation de l'appel d'offres restreint à l'article 28-1 b)). Il se peut, par exemple, que les frais généraux liés à la tenue d'une enchère électronique inversée (même si les systèmes d'enchères électroniques inversées sont bien établis) dépassent ceux liés à l'utilisation d'autres méthodes, en particulier la demande de prix, qui est simple d'un point de vue procédural. D'un autre côté, l'enchère électronique inversée permet d'évaluer les qualifications du seul fournisseur retenu ainsi que la conformité de son offre. Pour choisir entre l'appel d'offres restreint et la demande de prix, par exemple, l'entité adjudicatrice devra examiner notamment la question de savoir si la communication d'une "description particulière" permettrait d'affiner toute exigence ou offre de logiciel spécialisé ou d'adaptation, ainsi que la valeur estimative du marché. La méthode de passation appropriée sera donc déterminée en fonction des faits dans la situation considérée.

A/CN.9/731/Add.5 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les dispositions du chapitre III (Appel d'offres ouvert) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

...

Deuxième partie. Commentaire par article

...

CHAPITRE III. APPEL D'OFFRES OUVERT

À quelques exceptions près, les dispositions de la Loi type relatives à l'appel d'offres ouvert s'appliquent à l'appel d'offres en deux étapes et à l'appel d'offres restreint. Les orientations fournies dans le présent chapitre s'appliquent donc, le cas échéant, à ces méthodes de passation des marchés.

Article 35. Procédures de sollicitation des offres

L'article 35 renvoie aux dispositions de l'article 32, qui régissent la sollicitation dans l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres en deux étapes et l'enchère électronique inversée utilisée comme méthode autonome de passation. Il dispose que la règle par défaut est la sollicitation ouverte internationale. Comme l'expliquent les orientations se rapportant à cet article, les exceptions mentionnées à l'article 32-4 visent à tenir compte des passations de marchés nationaux et de faible valeur.

Article 36. Teneur de l'invitation à soumettre une offre

Afin de promouvoir l'efficacité et la transparence, l'article 36 prévoit que les invitations à soumettre une offre doivent contenir tous les renseignements dont les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin pour déterminer si l'objet du marché est d'un type qu'ils peuvent fournir et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer à la procédure d'appel d'offres. Les informations exigées constituent le minimum requis, de sorte que l'entité adjudicatrice peut y ajouter d'autres

renseignements si elle le juge approprié. Elle peut décider de ne pas préciser la monnaie de paiement ni la ou les langues du dossier de sollicitation en cas de passation d'un marché national, si elle estime qu'il n'y a pas lieu de le faire. L'indication de la ou des langues peut toutefois demeurer importante dans certains pays multilingues.

Article 37. Communication du dossier de sollicitation

1. Le dossier de sollicitation vise à fournir aux fournisseurs ou entrepreneurs les renseignements dont ils ont besoin pour préparer leurs offres et à les informer des règles et procédures qui régiront la procédure d'appel d'offres ouvert. L'article 37 a été inclus afin que tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant exprimé le désir de participer à la procédure et se conformant aux règles fixées par l'entité adjudicatrice reçoivent le dossier de sollicitation. Ces règles doivent être énoncées dans l'invitation à soumettre une offre conformément à l'article 36 et peuvent notamment porter sur des questions telles que les modalités et le lieu d'obtention du dossier de sollicitation, le prix demandé pour celui-ci, les modalités et la monnaie de paiement, mais aussi sur une question plus fondamentale telle que celle soulevée à l'alinéa d) de l'article 36, selon lequel la participation à la procédure de passation peut être limitée conformément à l'article 8 (la conséquence étant que les fournisseurs ou entrepreneurs non autorisés à participer à la procédure ne pourront obtenir le dossier de sollicitation).

2. La disposition concernant le prix à demander pour le dossier de sollicitation vise à permettre à l'entité adjudicatrice de recouvrer par exemple les frais d'impression et de distribution du dossier, tout en l'empêchant de demander un prix excessif qui dissuaderait des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés de participer à la procédure d'appel d'offres ouvert. Elle ne permet pas à l'entité adjudicatrice de recouvrer les coûts de développement (y compris les frais de consultants et de publicité). Le prix demandé devrait se limiter au coût réel de la mise à disposition du dossier.

Article 38. Teneur du dossier de sollicitation

1. L'article 38 énumère les renseignements que doit contenir au minimum le dossier de sollicitation. Ces renseignements permettent aux fournisseurs et entrepreneurs de soumettre des offres répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice et d'assurer que celle-ci peut comparer les offres de manière objective et équitable. De nombreux éléments énumérés à l'article 38 sont régis ou traités par d'autres dispositions de la Loi type, notamment l'article 9 sur les qualifications, l'article 10 sur la description de l'objet du marché et les conditions du marché (ou de l'accord-cadre) et l'article 11 sur les critères d'évaluation. Il est bon que l'article énumère les renseignements devant figurer dans le dossier de sollicitation, y compris ceux dont l'inclusion est expressément prévue dans d'autres dispositions de la Loi type, car cela permet aux entités adjudicatrices de s'en servir comme "liste de contrôle" lors de l'établissement du dossier. L'entité adjudicatrice doit toutefois déterminer au cas par cas si tous ces renseignements sont nécessaires: certains renseignements (notamment ceux visés aux alinéas i), j) et s)) peuvent être inutiles

en cas de passation d'un marché national ou, en ce qui concerne l'alinéa g), lorsque la présentation d'offres partielles n'est pas autorisée.

2. La première catégorie de renseignements énumérés à l'article 38 concerne l'objet et les conditions du marché (al. b) à f) et w)). Ces dispositions visent à fournir à tous les fournisseurs et entrepreneurs potentiels suffisamment de renseignements sur les exigences de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne les fournisseurs ou entrepreneurs, l'objet du marché, les conditions de livraison et d'autres conditions du marché (ou de l'accord-cadre). Ces renseignements sont essentiels pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer s'ils ont les qualifications, compétences et capacités requises pour exécuter le marché en question. Même si la quantité exacte des biens à livrer doit généralement être précisée en vertu de l'alinéa d), lorsqu'une procédure d'appel d'offres est utilisée pour attribuer un accord-cadre, l'entité adjudicatrice ne pourra indiquer au début de la passation qu'une quantité estimative et sera autorisée à le faire conformément aux dispositions du chapitre VII de la Loi type (pour des indications supplémentaires, voir par. … ci-après). Le "document contractuel" mentionné à l'alinéa e) est lié aux formalités visées à l'alinéa w) du présent article: alors qu'en vertu de l'alinéa w), l'entité adjudicatrice peut préciser qu'un marché doit être conclu par écrit, elle sera tenue en vertu de l'alinéa e) de préciser également, le cas échéant, si un contrat standard doit être signé (celui-ci pouvant lui-même préciser par exemple des conditions de livraison, une période de garanti et un calendrier de paiement standard).

3. La deuxième catégorie de renseignements concerne les instructions à suivre pour établir et soumettre les offres (al. a), g) à p) et u), tels que le mode, le lieu et la date limite de présentation des offres). Ces dispositions visent à réduire le risque que des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés soient désavantagés ou que leurs offres soient rejetées par manque de clarté sur la manière d'établir les offres. Comme pour les renseignements de même type visés à l'article 36, l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas préciser la monnaie de paiement ni la ou les langues du dossier de sollicitation en cas de passation d'un marché national si elle estime qu'il n'y a pas lieu de le faire. L'indication de la ou des langues peut toutefois demeurer importante dans certains pays multilingues.

4. La Loi type admet que lorsque le marché peut être scindé en deux éléments distincts ou plus (par exemple, l'acquisition de différents types de matériel de laboratoire, l'acquisition d'une centrale hydroélectrique consistant en la construction d'un barrage et la fourniture d'un générateur), l'entité adjudicatrice voudra peut-être autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à soumettre des offres pour l'ensemble du marché ou pour une ou plusieurs parties de celui-ci. Elle pourra ainsi maximiser l'économie en s'adressant soit à un fournisseur ou entrepreneur unique, soit à plusieurs, selon que l'une ou l'autre solution s'avère plus rentable. En autorisant les offres partielles, on favorise également la participation de petites et moyennes entreprises qui ne seraient pas à même de soumettre une offre d'ensemble. L'article 38 g) vise donc à permettre les offres partielles et à rendre la phase d'évaluation des offres aussi objective, transparente et efficace que possible, car l'entité adjudicatrice ne devrait pas être autorisée à diviser l'ensemble du marché en marchés distincts comme bon lui semble après la soumission des offres.

5. D'autres renseignements visés à l'article 38 (al. b), c) et q) à s)) portent en particulier sur la manière dont les qualifications des fournisseurs et entrepreneurs

seront évaluées et dont les offres seront examinées et évaluées, ainsi que sur les critères applicables; ces renseignements sont nécessaires pour assurer la transparence et l'équité de la procédure d'appel d'offres. Il convient toutefois d'évaluer la pertinence des renseignements visés à l'alinéa s) en cas de passation d'un marché national.

6. Les renseignements visés aux alinéas t) et v) reflètent le principe général de transparence qui sous-tend la Loi type: ils informent les fournisseurs et entrepreneurs du cadre juridique général s'appliquant à la passation de marchés publics dans l'État adoptant en général et les règles particulières qui peuvent s'appliquer à la procédure de passation en question (par exemple, si des informations classifiées sont en jeu); ils les informent également des possibilités de former un recours ou un appel contre les décisions ou mesures prises par l'entité adjudicatrice, leur indiquant notamment si des délais particuliers (délai d'attente) seront fixés pour leur permettre de contester les décisions et mesures prises par l'entité adjudicatrice concernant l'examen et l'évaluation des offres avant l'entrée en vigueur du marché. L'endroit où les lois et règlements applicables peuvent être consultés, dont il est question à l'alinéa t), renvoie non pas à un lieu physique mais à la publication officielle ou au portail où les textes des lois et règlements faisant foi de l'État adoptant sont rendus accessibles au public et systématiquement actualisés (voir les indications concernant l'article 5 de la Loi type, par. … ci-dessus).

7. L'article n'énumère que les renseignements qui doivent être fournis au minimum. L'entité adjudicatrice peut décider d'en ajouter d'autres, par exemple sur la manière dont les erreurs arithmétiques visées à l'article 42-1 seraient corrigées si nécessaire[1].

8. L'ensemble des éléments énumérés à l'article 38, complétés par ceux énumérés à l'article 36 (teneur de l'invitation à soumettre une offre), constituent des conditions de la sollicitation. Tous peuvent être contestés par les fournisseurs et entrepreneurs en vertu du chapitre VIII de la Loi type avant l'expiration du délai de présentation des soumissions.

SECTION II. PRÉSENTATION DES OFFRES

Article 39. Présentation des offres

1. Le paragraphe 1 assure un traitement équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs en exigeant que le mode, le lieu et le délai de soumission des offres soient spécifiés dans le dossier de sollicitation (en vertu de l'article 2, le dossier de sollicitation tient compte des modifications qui y sont apportées). Cette exigence est précisée à l'article 14, qui définit les règles concernant le mode, le lieu et la date limite de présentation des demandes de préqualification, des demandes de

[1] À sa dix-neuvième session, le Groupe de travail a été prié d'examiner (A/CN.9/WG.I/WP.75/Add.3, note de bas de page 49) si l'article devrait exiger que le dossier de sollicitation précise la manière dont les erreurs arithmétiques seraient corrigées. L'attention a été appelée à cet égard sur la discussion pertinente et la question soulevée à la dix-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/687, par. 151). Le Groupe de travail n'a pas examiné la question. Des orientations supplémentaires sur ce point devraient peut-être fournies ici ainsi que dans le commentaire sur les dispositions pertinentes de l'article 42.

présélection ou des soumissions. Des garanties particulières sont prévues dans cet article ainsi qu'à l'article 15-3 pour tenir compte des cas où des modifications sont apportées aux renseignements initialement publiés sur la procédure de passation. Si ces modifications rendent les renseignements initiaux substantiellement inexacts, les informations modifiées doivent être publiées de la même manière et au même endroit que les informations originales. Conformément à l'article 14-5, toute prolongation de délai doit également être notifiée à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel l'entité adjudicatrice a adressé le dossier de sollicitation. (Pour les indications concernant les dispositions pertinentes des articles 14 et 15, voir par. … ci-dessus.)

2. Le paragraphe 2 contient des exigences précises concernant la forme et les modalités de présentation des offres qui complètent les conditions générales de forme et de moyens de communication énoncées à l'article 7 (voir les orientations sur l'article 7 aux paragraphes … du présent Guide). L'article prévoit que les offres doivent être présentées par écrit et signées et que leur authenticité, leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité doivent être préservées. L'exigence de l'écrit vise à assurer la conformité avec la condition de forme énoncée à l'article 7-1 (les offres doivent être présentées sous une forme qui atteste leur teneur et qui est accessible pour être consultée ultérieurement). L'exigence de la signature vise à assurer que les fournisseurs ou entrepreneurs présentant une offre s'identifient et confirment qu'ils approuvent la teneur de leur offre avec suffisamment de crédibilité. L'exigence d'"authenticité" vise à donner le niveau approprié d'assurance qu'une offre présentée par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice est définitive et fait foi, qu'elle ne peut être annulée et qu'elle permet de remonter au fournisseur ou à l'entrepreneur qui l'a soumise. Avec les exigences de l'écrit et de la signature, elle vise donc à assurer qu'il y aura des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention des fournisseurs ou entrepreneurs présentant les offres d'être liés par les informations qui y figurent. En outre, ces preuves seraient conservées à des fins d'enregistrement, de contrôle et d'audit. Les exigences de "sécurité", d'"intégrité" et de "confidentialité" des offres visent à assurer que les informations figurant dans les offres présentées ne pourront être modifiées, complétées ou manipulées ("sécurité" et "intégrité"), qu'on ne pourra y accéder avant le moment prévu pour l'ouverture publique et qu'ensuite seules les personnes autorisées pourront y accéder, uniquement aux fins prescrites et conformément aux règles ("confidentialité").

3. Dans un environnement papier, toutes les exigences décrites au paragraphe précédent du présent Guide sont respectées par les fournisseurs ou entrepreneurs, qui présentent à l'entité adjudicatrice, dans une enveloppe scellée, des offres, partielles ou non, présumées dûment signées et authentifiées (sous peine d'être rejetées à l'ouverture si tel n'est pas le cas), et par l'entité adjudicatrice, qui garde les enveloppes scellées jusqu'au moment de leur ouverture publique. Dans un environnement sans papier, ces mêmes exigences peuvent être satisfaites par différentes normes et méthodes pour autant que celles-ci donnent au moins le même degré d'assurance que les offres présentées sont effectivement écrites, signées et authentifiées et que leur sécurité, leur intégrité et leur confidentialité sont préservées. Les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés devraient établir des règles claires concernant les conditions pertinentes et, si nécessaire, des équivalents fonctionnels pour l'environnement sans papier. Il faut se garder de lier les obligations juridiques à un stade donné de

développement technique. Le système doit au moins garantir que nul ne puisse avoir accès à la teneur des offres entre leur réception par l'entité adjudicatrice et le moment fixé pour leur ouverture officielle. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées, clairement identifiées auprès de lui, auront le droit d'ouvrir les offres au moment de l'ouverture officielle et auront accès à leur contenu aux stades ultérieurs de la procédure de passation. Le système doit également être configuré de manière à permettre la traçabilité de toutes les opérations concernant les offres présentées, notamment l'heure et la date exactes de leur réception, la vérification de l'identité des personnes qui y ont eu accès et du moment où elles y ont eu accès, et si les offres, censées être inaccessibles, ont été compromises ou altérées. Des mesures appropriées devraient permettre d'assurer que les offres ne seront pas supprimées, endommagées ni altérées par d'autres moyens non autorisés lors de leur ouverture et de leur utilisation ultérieure. Les normes et méthodes utilisées devraient être à la mesure du risque. Un niveau élevé d'authentification et de sécurité peut être obtenu au moyen de divers logiciels commerciaux disponibles à tout moment mais ne convenant pas dans le cas d'un marché de faible valeur à faible risque. Le choix doit donc se faire sur la base d'une analyse coûts-avantages. Il faut en outre se garder d'imposer des mesures de sécurité plus strictes que dans un environnement papier, car celles-ci pourraient décourager les fournisseurs ou entrepreneurs de participer à la passation. Ces questions ainsi que d'autres devront être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés ou d'autres règlements appropriés. (Pour l'examen général des questions découlant de l'utilisation de la passation de marchés en ligne, voir la première partie du Guide, par. ... .)

4. Aux termes du paragraphe 2 b), l'entité adjudicatrice doit délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure de réception de leur offre. Dans un environnement papier, elle le fait généralement au moyen d'une confirmation écrite que l'offre a été reçue, avec un timbre indiquant le jour, l'heure et le lieu de réception. Dans un environnement sans papier, cette opération devrait se faire automatiquement. Dans les situations où le système de réception des offres ne permet pas d'établir avec précision le moment de la réception, l'entité adjudicatrice peut avoir besoin d'une certaine latitude pour fixer le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres présentées serait enregistré. Toutefois, cette marge de manœuvre doit être réglementée par référence aux normes juridiques applicables au commerce électronique pour éviter les abus et assurer l'objectivité. Quelle que soit la méthode utilisée pour consigner la date et l'heure dans une passation donnée, elle doit être précisée dans le dossier de sollicitation dès le début de la procédure. Moyennant ces garanties, la certification de la réception par l'entité adjudicatrice devrait être irréfutable. Si la présentation d'une offre échoue, en particulier à cause des mesures de protection prises par l'entité adjudicatrice pour empêcher que le système ne soit endommagé par suite de la réception d'une offre, on considèrera qu'aucune soumission n'a été faite, en application de la règle générale selon laquelle la présentation des offres se fait au risque des fournisseurs et entrepreneurs. Les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres ne peuvent être reçues par le système de l'entité adjudicatrice devraient en être immédiatement informés pour pouvoir, si possible, soumettre à nouveau leurs offres avant l'expiration du délai de soumission. Aucune nouvelle soumission ne devrait être permise après l'expiration du délai.

5. Le paragraphe 2 c) soulève les questions examinées plus haut concernant la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres présentées. À la différence du sous-alinéa ii) de l'alinéa a) de cet article, il ne contient pas d'exigence quant à l'authenticité des offres (la question ne se pose qu'au stade de la soumission des offres). On présume que, dès réception d'une offre par l'entité adjudicatrice à la date et à l'heure enregistrées conformément au paragraphe 2 b) de cet article, l'exigence d'authenticité a déjà été assurée de manière satisfaisante.

6. Il est admis que des défaillances inévitables des systèmes automatisés peuvent empêcher les fournisseurs ou les entrepreneurs de soumettre leur offre avant la date limite. La Loi type laisse aux règlements en matière de passation de marchés ou à d'autres règlements appropriés le soin de traiter cette question. L'article 14-4 dispose que l'entité adjudicatrice peut à son gré, avant la date limite de soumission des offres, reporter cette date si, en raison de circonstances indépendantes de leur volonté, un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent soumettre leur offre dans les temps. En pareil cas, elle doit notifier promptement tout report de la date limite à chaque fournisseur ou entrepreneur auquel elle a adressé le dossier de sollicitation (voir art. 14-5 de la Loi type). Par conséquent, lorsqu'une défaillance se produit, l'entité adjudicatrice doit déterminer si le système peut être rétabli suffisamment vite pour que la passation se poursuive et, dans l'affirmative, s'il faut reporter la date limite de présentation des offres. Toutefois, si elle établit qu'une défaillance du système l'empêche de poursuivre la procédure de passation, elle peut l'annuler et annoncer une nouvelle procédure. Les défaillances de systèmes automatisés dues à des actes téméraires ou intentionnels de l'entité adjudicatrice ainsi que les décisions prises par celle-ci pour résoudre les problèmes causés par la défaillance d'un système automatisé sont susceptibles de recours de la part des fournisseurs et entrepreneurs lésés en vertu de l'article 63 de la Loi type.

7. La règle du paragraphe 3 interdisant l'examen des offres tardives vise à promouvoir l'économie et l'efficacité de la passation des marchés, l'intégrité de la procédure et la confiance des participants. En autorisant l'examen d'offres présentées après l'ouverture d'autres offres, on permettrait à des fournisseurs ou entrepreneurs de prendre connaissance de la teneur d'autres offres avant de soumettre la leur, ce qui pourrait entraîner une augmentation des prix et favoriser la collusion entre fournisseurs et entrepreneurs. Une telle situation serait également injuste pour les autres fournisseurs ou entrepreneurs et risquerait de nuire à l'efficacité et au bon déroulement du processus d'ouverture des offres. Les dispositions exigent donc que les offres tardives ne soient pas ouvertes et soient renvoyées en l'état aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Les États adoptants peuvent exiger que la soumission d'offres tardives soit mentionnée dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché en vertu de l'article 24-1 w).

Article 40. Période de validité des offres; modification et retrait des offres

1. L'article 40 a été inclus afin qu'il soit bien clair que l'entité adjudicatrice doit préciser dans le dossier de sollicitation la période durant laquelle les offres restent valides.

2. Il importe de toute évidence que la période de validité des offres soit précisée dans le dossier de sollicitation, compte tenu des circonstances propres à chaque procédure d'appel d'offres. Il ne serait pas réaliste de fixer dans la législation des marchés une longue période de validité applicable à tous les cas, visant à répondre aux besoins de la plupart des procédures d'appel d'offres, voire de toutes. Une telle solution serait inefficace car, dans de nombreux cas, cette période serait plus longue que nécessaire. En outre, des périodes de validité trop longues risqueraient d'entraîner une augmentation du prix des offres, puisque les fournisseurs ou entrepreneurs devraient augmenter leurs prix pour tenir compte des coûts et des risques subis durant cette période (par exemple, capacité immobilisée et impossibilité de soumissionner ailleurs; risques d'une augmentation des coûts de production ou de construction).

3. Le paragraphe 2 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de traiter les retards pris dans la procédure d'appel d'offres à la suite d'une demande de prolongation de la période de validité. Cette procédure n'oblige pas les fournisseurs ou entrepreneurs, afin de ne pas les forcer à rester liés par leurs offres pendant une période plus longue que prévu – risque qui les dissuaderait de participer ou les inciterait à relever leurs prix. Afin de prolonger également, le cas échéant, la protection qu'offre la garantie de soumission, il est prévu qu'un fournisseur ou entrepreneur n'obtenant pas de garantie couvrant la période de validité prolongée de l'offre sera considéré comme ayant refusé de prolonger la période de validité de son offre. Dans ce cas, la validité de son offre prendra fin à l'expiration de la période de validité initiale indiquée dans le dossier de sollicitation.

4. Le paragraphe 3 est un complément essentiel des dispositions de l'article 15 concernant la clarification et la modification du dossier de sollicitation. Il permet en effet aux fournisseurs et entrepreneurs de réagir à une clarification ou à une modification du dossier ou de toute autre circonstance en modifiant leur offre si nécessaire ou en la retirant s'ils en décident ainsi. Cette règle favorise la participation, tout en protégeant les intérêts de l'entité adjudicatrice, puisqu'elle prévoit l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait après la date limite de soumission des offres. Cependant, eu égard à l'approche différente qu'on trouve dans la législation et la pratique de certains États, le paragraphe 3 permet à l'entité adjudicatrice de s'écarter de la règle générale et d'imposer l'abandon de la garantie de soumission en cas de modification ou de retrait avant la date limite de soumission des offres, mais seulement si le dossier de sollicitation le précise. (Voir aussi les commentaires concernant l'article 47 aux paragraphes ... ci-après.)

SECTION III. ÉVALUATION DES OFFRES

Article 41. Ouverture des offres

1. La règle énoncée au paragraphe 1 vise à éviter tout délai entre la date limite de soumission des offres et l'ouverture de celles-ci. Un tel délai pourrait donner lieu à des comportements fautifs (par exemple, divulgation de la teneur des offres avant la date d'ouverture prévue) et priverait les fournisseurs et entrepreneurs de la

possibilité de réduire au minimum ce risque en soumettant leur offre à la dernière minute, juste avant l'ouverture des offres[2].

2. Le paragraphe 2 énonce la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres ou à leurs représentants d'assister à l'ouverture des offres. Les modalités fixées par l'entité adjudicatrice pour l'ouverture des offres (lieu, manière, moment et procédures d'ouverture des offres) devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'être présents, compte tenu de facteurs tels que le décalage horaire, la nécessité de prévoir outre le lieu physique d'ouverture des offres les moyens d'assurer la participation de ceux qui ne peuvent être physiquement présents ou la possibilité de choisir un lieu virtuel. Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent être présents en personne ou de toute autre manière conforme aux dispositions de l'article 7 de la Loi type (pour l'examen des dispositions pertinentes, voir par. ... du présent Guide). La seconde phrase du paragraphe 2 complète les dispositions de l'article 7-4 en précisant que, dans le contexte de l'ouverture des offres, les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils ont eu la possibilité d'être informés de l'ouverture des offres pleinement et en direct. Cette disposition est conforme aux autres instruments internationaux qui traitent de cette question[3].

3. L'expression "pleinement et en direct" signifie dans ce contexte que les fournisseurs et entrepreneurs participant à la réunion doivent pouvoir prendre connaissance (oralement ou par écrit) de toutes les informations communiquées pendant l'ouverture des offres au même moment que toute personne physiquement présente, sous réserve du temps pris pour les télécharger là où elles doivent être lues. Les informations en question comprennent les annonces faites conformément à l'article 41-3.

4. Les fournisseurs doivent également pouvoir intervenir si des irrégularités se produisent, dans la mesure où ils seraient autorisés à le faire s'ils étaient physiquement présents. Le système en place doit donc pouvoir recevoir les observations des fournisseurs et y donner suite sans retard. Différentes méthodes fondées sur des systèmes informatiques peuvent satisfaire à l'obligation d'informer les fournisseurs pleinement et en direct. Quelle que soit la méthode utilisée, les fournisseurs ou entrepreneurs doivent en être informés suffisamment longtemps à l'avance pour pouvoir prendre toutes les mesures nécessaires pour se connecter au système et suivre l'ouverture des offres.

5. La règle selon laquelle l'entité adjudicatrice doit autoriser tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres à assister à l'ouverture des offres ou à s'y faire représenter contribue à la transparence de la procédure d'appel d'offres. Elle permet aux entrepreneurs et fournisseurs de constater que la législation et la réglementation des marchés sont respectées et contribue ainsi à promouvoir la confiance en le fait que les décisions ne seront pas prises de manière arbitraire ou

---

[2] Il faudrait peut-être expliquer les risques qu'il y a à s'écarter des exigences de la Loi type aux termes de laquelle les offres sont ouvertes au moment indiqué dans le dossier de sollicitation comme étant la date limite de présentation des offres, et les considérations d'ordre pratique dont il faudrait tenir compte pour se conformer à ces exigences (A/CN.9/687, par. 150).

[3] Il convient d'examiner si la question de la présence "présumée" ou "virtuelle" des fournisseurs ou entrepreneurs à l'ouverture des offres est suffisamment traitée dans le présent projet.

infondée. Pour des raisons similaires, le paragraphe 3 dispose qu'à l'ouverture des offres, le nom des fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumis, sont annoncés aux personnes présentes. À ces mêmes fins, il est également prévu que ces renseignements sont communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs participants qui ne sont pas présents ni représentés à l'ouverture des offres.

6. En cas d'ouverture automatisée des offres, l'État adoptant doit être conscient de la nécessité de mettre en place des garanties supplémentaires pour assurer la transparence et l'intégrité du processus d'ouverture. Le système doit garantir que seules les personnes autorisées et clairement identifiées auprès de lui auront le droit d'y fixer ou d'y modifier le moment de l'ouverture des offres conformément au paragraphe 1 de cet article, sans compromettre la sécurité, l'intégrité et la confidentialité des offres. Seules ces personnes auront le droit d'ouvrir les offres au moment fixé. L'État adoptant peut exiger qu'au moins deux personnes autorisées procèdent par une action simultanée à l'ouverture des offres. Dans ce contexte, l'expression "action simultanée" signifie que les personnes autorisées désignées devraient ouvrir à peu près en même temps les mêmes parties d'une offre, en enregistrant le moment de l'ouverture. Il est souhaitable qu'avant l'ouverture, le système confirme la sécurité des offres en vérifiant qu'aucun accès non autorisé n'a été détecté. Les personnes autorisées devraient être priées de vérifier l'authenticité et l'intégrité des offres et de s'assurer qu'elles ont été soumises dans les délais.

7. Des mesures devraient être en place pour empêcher que l'intégrité des offres soit compromise, qu'elles soient supprimées ou que le système soit détruit lorsqu'il les ouvre, notamment par un virus ou un logiciel malveillant. Le système doit également être configuré de manière à permettre de retracer toutes les opérations effectuées à l'ouverture des offres et notamment d'identifier la personne ayant ouvert chaque offre et ses parties, et de déterminer la date et l'heure d'ouverture de celles-ci. Il doit également garantir que seules les personnes autorisées à étudier leur teneur et leurs données (par exemple les membres d'un comité d'évaluation ou des auditeurs aux stades ultérieurs de la procédure de passation) y auront accès par la suite. Ces questions et les questions techniques qui s'y rapportent devraient être traitées dans les règlements en matière de passation des marchés et d'autres règlements de l'État adoptant.

Article 42. Examen et évaluation des offres

1. Les paragraphes 1 à 3 régissent l'examen des offres, qui comprend la vérification des qualifications des fournisseurs et entrepreneurs ayant présenté des offres, l'évaluation de la conformité des offres des fournisseurs et entrepreneurs qualifiés et l'appréciation de l'existence d'un motif de rejeter des offres conformément au paragraphe 3 de cet article. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 10 et 38, les fournisseurs et entrepreneurs doivent être informés de l'ensemble des critères et procédures d'examen dès le début de la procédure de passation.

2. Le paragraphe 1 vise à permettre à l'entité adjudicatrice de demander aux fournisseurs ou entrepreneurs des éclaircissements sur leurs offres afin d'en faciliter l'examen et l'évaluation, tout en précisant que cela ne doit entraîner aucune

modification des offres quant au fond. L'alinéa 1 b), portant sur la correction d'erreurs purement arithmétiques, ne vise pas par exemple un prix soumis anormalement bas semblant résulter d'un malentendu, ni d'autres erreurs non apparentes dans l'offre. L'adoption de la disposition selon laquelle un avis doit être donné dans de tels cas est importante puisque l'alinéa 3 b) dispose qu'une offre sera impérativement rejetée si la correction n'est pas acceptée[4].

3. Le paragraphe 2 énonce la règle à suivre pour déterminer si une offre est conforme. Il permet de considérer une offre comme conforme même si elle comporte des écarts mineurs. En autorisant l'entité adjudicatrice à examiner des offres comportant des écarts mineurs, on favorise la participation à la procédure d'appel d'offres et la concurrence. Ces écarts mineurs doivent être quantifiés, de sorte que les offres puissent être comparées objectivement d'une manière qui favorise les offres entièrement conformes[5].

4. Le paragraphe 3 énumère les motifs de rejet des offres. La liste est exhaustive et ne mentionne que les motifs expressément prévus par la Loi type. Le motif visé à l'alinéa a) – absence des qualifications requises – est à rapprocher de l'article 9, qui énonce les exigences concernant les qualifications et les motifs de disqualification. Le motif visé à l'alinéa b) – refus du fournisseur ou entrepreneur d'accepter la correction d'une erreur arithmétique et non conformité de l'offre – doit être lu conjointement avec les dispositions du paragraphe 1 b), qui permettent à l'entité adjudicatrice de corriger les erreurs purement arithmétiques et lui imposent d'en aviser le fournisseur ou entrepreneur ayant soumis l'offre concernée. Aucun autre échange entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou entrepreneur concernant l'erreur arithmétique corrigée ne devrait être autorisé: le fournisseur ou entrepreneur concerné peut accepter la correction ou voir son offre rejetée. Le motif visé à l'alinéa 1 c) – non conformité de l'offre – doit être interprété en tenant compte de l'article 10 et des paragraphes 1 et 2 de l'article 42, qui fixent le cadre juridique dans lequel l'entité adjudicatrice doit se prononcer sur la conformité des offres. Les motifs visés à l'alinéa d) découlent de l'article 19, qui autorise l'entité adjudicatrice à rejeter une soumission anormalement basse, et de l'article 20, qui lui impose d'exclure un fournisseur ou entrepreneur de la procédure de passation de marché au motif d'incitations qu'il a proposées, d'un avantage concurrentiel injuste ou d'un conflit d'intérêts.

5. Les paragraphes 4 à 7 régissent l'évaluation des offres, c'est-à-dire la comparaison de toutes les offres n'ayant pas été rejetées à l'issue de l'examen. Comme l'exigent diverses dispositions de la Loi type, notamment les articles 11 et 38 et le paragraphe 4 a) de cet article, les offres conformes sont évaluées selon les critères d'évaluation indiqués préalablement et conformément aux procédures d'évaluation indiquées préalablement. Comme le rappelle le paragraphe 4 b) de l'article, l'offre à retenir peut être l'offre au prix le plus bas ou l'offre jugée la plus avantageuse[6]. Conformément à l'article 11-5 a) de la Loi type, il convient de

---

[4] Il faudra peut-être préciser les règles et principes applicables à la correction des erreurs arithmétiques par l'entité adjudicatrice et le rôle du dossier de sollicitation à cet égard.

[5] Il faudra peut-être préciser ce qu'il convient d'entendre par "écarts mineurs".

[6] Il faudra expliquer l'évolution des pratiques relatives à la passation des marchés depuis 1994, qui justifient le remplacement de l'expression "offre la plus basse selon l'évaluation", utilisée dans ce contexte dans la Loi type de 1994, par l'expression "offre jugée la plus avantageuse". Étant donné que l'expression "la plus avantageuse" apparaît également dans d'autres

préciser au début de la passation, dans le dossier de sollicitation, si la soumission à retenir sera déterminée sur la base du prix ou sur la base du prix et d'autres critères, et ce paramètre ne peut être modifié ultérieurement.

6. La règle énoncée au paragraphe 5, concernant la conversion des prix soumis dans une seule monnaie aux fins de la comparaison et de l'évaluation des offres, vise à renforcer la justesse et l'objectivité de la décision de l'entité adjudicatrice. Cette monnaie doit être précisée dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 38 s), de même que le taux de change applicable ou la méthode qui sera utilisée pour déterminer celui-ci. Ces dispositions peuvent ne pas être pertinentes en cas de passation de marchés nationaux.

7. Le paragraphe 6 permet à l'entité adjudicatrice de prier le fournisseur ou l'entrepreneur ayant soumis l'offre retenue de confirmer ses qualifications. Cela peut être particulièrement utile dans le cas d'une procédure de passation de longue durée, où l'entité adjudicatrice voudra peut-être s'assurer que les renseignements concernant les qualifications soumis antérieurement restent valables. Le recours à la confirmation est discrétionnaire puisque son utilité dépend des circonstances de chaque procédure de passation.

8. Pour que la procédure de confirmation soit efficace et transparente, le paragraphe 7 exige que l'offre soit rejetée si le fournisseur ou l'entrepreneur ne confirme pas ses qualifications, et énonce la procédure que l'entité adjudicatrice doit suivre pour choisir une autre offre en pareil cas. Ce paragraphe réaffirme également que l'entité adjudicatrice a le droit d'annuler la passation dans de tels cas, ce qui constitue une garantie essentielle contre les risques de collusion entre fournisseurs ou entrepreneurs.

Article 43. Interdiction des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs

L'article 43 interdit clairement toute négociation entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à propos d'une offre soumise par ce fournisseur ou entrepreneur. Cette règle a été incluse parce que de telles négociations pourraient aboutir à une sorte de "vente aux enchères", où une offre soumise par un fournisseur ou entrepreneur serait utilisée pour faire pression sur un autre fournisseur ou entrepreneur afin qu'il baisse son prix ou améliore d'autres éléments de son offre. De nombreux fournisseurs ou entrepreneurs s'abstiennent de participer à une procédure d'appel d'offres lorsque de telles techniques sont utilisées ou, s'ils y participent, gonflent leurs prix en prévision des négociations. L'interdiction de négocier n'est pas censée porter sur les échanges que peuvent tenir l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur en vue de clarifier l'offre de celui-ci conformément à l'article 42-1 de la Loi type ou de conclure le marché.

---

dispositions de la Loi type, il faudra examiner l'emplacement où devra figurer cette explication afin d'éviter toute répétition.

A/CN.9/731/Add.6 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant une section du Guide qui examinerait les questions générales découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées ainsi qu'une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera l'article 30 sur les conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée et les articles 52 et 53 du chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

A. Dispositions sur les enchères électroniques inversées à insérer dans la première partie du Guide, avant le commentaire par article, ou dans le commentaire par article en tant qu'introduction au chapitre VI

1. Le terme "enchère électronique inversée" (ou "enchère"), tel que défini dans l'article 2 de la Loi type, désigne une technique d'achat en ligne et en temps réel qu'une entité adjudicatrice utilise pour sélectionner la soumission à retenir. Les fournisseurs ou entrepreneurs ("enchérisseurs") présentent au cours d'une période déterminée des offres de plus en plus basses faisant l'objet d'une évaluation automatique.

2. Il a été observé que les enchères électroniques inversées comportent de nombreux avantages potentiels. Premièrement, elles peuvent améliorer le rapport qualité-prix grâce à une mise en concurrence successive des enchérisseurs dans un processus dynamique se déroulant en temps réel. L'utilisation d'Internet pour conduire l'enchère peut aussi favoriser une plus large participation et, par là même, renforcer la concurrence. Deuxièmement, les enchères peuvent réduire le temps nécessaire à la passation de chaque marché[(, et assurer une meilleure allocation des ressources et réduire les coûts administratifs par rapport à la procédure d'appel d'offres ouvert traditionnel)][1]. Troisièmement, elles peuvent améliorer la transparence du processus de passation car les informations sur les résultats successifs de l'évaluation des offres à chaque étape de l'enchère, ainsi que le résultat final de l'enchère, sont portés à la connaissance de tous les enchérisseurs

[1] Le libellé entre crochets reprend des points soulevés lors des sessions du Groupe de travail. Il devra être revu à la lumière du contenu du paragraphe 5 de la présente section ci-dessous afin d'assurer la cohérence de l'ensemble du Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

instantanément et simultanément; dans le contexte d'une enchère, les participants ont accès à des informations sur les autres offres et peuvent voir le résultat de la procédure. Quatrièmement, la transparence accrue et le processus d'évaluation entièrement automatisé qui limite l'intervention humaine aident à prévenir les abus et la corruption.

3. D'un autre côté, les enchères électroniques inversées incitent à se focaliser sur le prix plutôt que sur les aspects qualitatifs, focalisation dont le bien-fondé dépendra de l'objet du marché. Elles peuvent aussi avoir un effet anticoncurrentiel à moyen et long terme, car elles risquent d'être plus exposées que d'autres modes de passation aux actes de collusion entre enchérisseurs en raison de la possibilité de présenter des offres successives. Il y a collusion lorsque deux enchérisseurs ou plus s'entendent pour manipuler les prix d'une enchère et influer sur ceux-ci de manière à les maintenir artificiellement élevés ou lorsqu'ils se partagent le marché par des manœuvres consistant à gonfler artificiellement le prix des offres ou à ne pas présenter d'offre du tout. Le risque de collusion est plus important notamment lorsque les enchérisseurs sont peu nombreux ou font partie d'un même groupe participant à plusieurs enchères, ou encore lorsque l'anonymat des enchérisseurs est compromis. Des problèmes de dumping peuvent également se poser: on a signalé que cette pratique était courante dans les pays où l'entité adjudicatrice était tenue par la loi d'attribuer le marché à l'enchérisseur retenu[2]. (Pour un examen plus approfondi de ces questions, voir les paragraphes ... du présent Guide.)

4. Il est fréquent que des organismes tiers mettent en place et administrent des enchères pour le compte des entités adjudicatrices. De ce fait, la relative facilité d'utilisation des enchères, pour ces dernières, peut conduire à y recourir de façon excessive ou dans des situations qui ne s'y prêtent pas. Les entités adjudicatrices devraient également être conscientes des problèmes qui peuvent découler de l'externalisation des décisions[3] du secteur public, par exemple, vers des fournisseurs tiers de logiciels et de services[4]. Elles devraient aussi avoir conscience des problèmes qui se posent lorsque des tiers leur conseillent des stratégies d'achat. Ces tiers peuvent représenter aussi bien les entités adjudicatrices que les enchérisseurs et être en relation avec les unes et les autres. Les conflits d'intérêts organisationnels risquent de gravement menacer la concurrence dans la mesure où les tiers chercheront à maximiser leurs bénéfices en promouvant les enchères électroniques inversées sans nécessairement vérifier si cette technique convient[5]. Ces questions se

---

[2] Il convient d'examiner si les risques de collusion ne devraient être soulignés que dans le contexte des enchères électroniques inversées ou si le commentaire devrait partir du principe que, dans la Loi type, ces enchères ne présentent pas plus de risque de collusion que d'autres méthodes. Il ne peut y avoir collusion que si l'anonymat des enchérisseurs n'a pas été préservé. Il faudra donc examiner si le Guide devrait préciser comment l'anonymat peut être compromis et comment cela peut être évité. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[3] Il convient d'examiner si les préoccupations face à l'externalisation des fonctions du secteur public devraient être soulignées seulement dans le contexte des enchères électroniques inversées ou dans le contexte de la passation des marchés publics en général, dans la première partie du Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[4] Ce libellé est le résultat de consultations d'experts. Toutefois, les préoccupations soulevées dans cette phrase peuvent nécessiter une explication complémentaire dans le Guide, en particulier compte tenu des processus d'évaluation automatisés durant l'enchère. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[5] Ce libellé est le résultat de consultations d'experts. Toutefois, les préoccupations relatives aux

posent également dans le cas d'autres techniques de passation, telles que les accords-cadres, et, de manière générale, lorsqu'il y a une externalisation. En outre, dans le contexte d'une enchère électronique inversée, le risque d'accès non autorisé des enchérisseurs à des informations commercialement sensibles de leurs concurrents peut être élevé[6].

5. Les facteurs susmentionnés risquent de saper la confiance des fournisseurs ou des entrepreneurs dans les procédures de passation faisant appel aux enchères électroniques inversées, auquel cas ils seront moins disposés à y participer. Les entités adjudicatrices devront donc éventuellement prévoir, dans leur budget, des frais généraux pour former les fournisseurs ou entrepreneurs et les aider à participer aux enchères électroniques inversées. À défaut, elles risquent de devoir supporter des coûts d'opportunité si les fournisseurs ou les entrepreneurs renoncent à participer aux marchés publics lorsqu'ils sont passés par voie d'enchères électroniques inversées; elles risquent aussi de devoir payer des prix plus élevés que ceux qu'elles auraient obtenus avec d'autres techniques de passation.

6. Reconnaissant à la fois les avantages potentiels des enchères électroniques inversées et les préoccupations qu'elles soulèvent, la Loi type permet d'y recourir sous réserve des dispositions de l'article 30 sur les conditions d'utilisation et des articles 52 à 56, qui énoncent les règles de procédure. Les considérations de principe examinées ci-dessous sont considérées comme particulièrement importantes pour une introduction et une utilisation efficaces des enchères électroniques inversées. On trouvera des indications supplémentaires sur celles-ci et sur les divers aspects des dispositions de la Loi type dans le commentaire par article ci-après:

a) Type d'enchère: les enchères sont utilisées pour sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir. Bien que d'autres modèles soient utilisés, la Loi type prévoit que les enchères électroniques inversées constituent la phase finale de la procédure de passation de marché dans le cadre de laquelle le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir est sélectionné et que les conditions qui l'ont emporté doivent figurer dans le contrat. Cette approche est considérée comme la plus transparente et la moins risquée en termes d'abus et tient compte de l'interdiction générale, prévue d'un bout à l'autre de la Loi type, de négocier après la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur;

b) Transparence: une description claire de l'objet du marché et les autres conditions du marché doivent être formulées et portées à la connaissance des fournisseurs ou entrepreneurs dès le début de la passation du marché, en même temps que toutes les informations concernant la manière dont l'enchère sera conduite, en particulier le moment de l'ouverture et les critères de clôture de l'enchère;

c) Marché concurrentiel: un nombre suffisant d'enchérisseurs est important non seulement pour assurer la concurrence mais également pour préserver

---

conflits d'intérêts organisationnels peuvent nécessiter davantage de précisions dans le Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[6] Ce libellé est le résultat de consultations d'experts. Toutefois, les préoccupations relatives au risque élevé d'accès non autorisé à des informations commercialement sensibles de concurrents dans le cadre des enchères peuvent nécessiter davantage de précisions dans le Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

l'anonymat des enchérisseurs et pour éviter la collusion, le dumping et d'autres comportements incorrects;

d) Anonymat: le maintien de l'anonymat est essentiel pour que les risques de collusion ne soient pas plus importants dans les enchères électroniques inversées que dans d'autres méthodes de passation. Ces enchères ne sont donc pas adaptées aux marchés sur lesquels il n'existe qu'un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs potentiellement qualifiés et indépendants, ni aux marchés dominés par un ou deux gros acteurs, ce type de marchés étant particulièrement vulnérable aux manipulations de prix et autres pratiques anticoncurrentielles; un recours répété à des enchères avec les mêmes participants peut aussi compromettre l'anonymat;

e) Utilisation appropriée des enchères:

i) Les enchères électroniques inversées conviennent à l'acquisition de biens et services d'usage courant pour lesquels il existe un marché concurrentiel sur lequel le prix est le critère d'évaluation déterminant ou un critère d'évaluation déterminant important. Elles ne conviennent pas pour les marchés où les facteurs non quantifiables sont plus importants que les considérations de prix et de quantité. Il ne serait pas approprié, par conséquent, de recourir aux enchères pour la passation de marchés de travaux ou de services comportant des prestations intellectuelles, par exemple des œuvres de conception, ou d'autres marchés basés sur la qualité. En outre, pour qu'une enchère électronique inversée fonctionne correctement en suscitant des prix bas mais réalistes, il importe que les enchérisseurs connaissent bien leur structure de coûts. Cette connaissance est improbable lorsqu'il y a plusieurs strates de sous-traitants, ce qui est courant dans les marchés complexes, tels que les marchés de travaux;

ii) Plus le nombre de critères à prendre en compte lors de l'enchère est élevé, plus il est difficile pour l'entité adjudicatrice et pour les fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre comment la modification d'un élément influera sur le classement d'ensemble. Les enchères seront donc moins appropriées dans les cas où interviennent de nombreuses variables. Il n'y aura pas non plus de réelle concurrence lorsque l'enchère cesse effectivement d'être fondée sur une description commune de l'objet du marché. Ce risque est plus élevé lorsque de nombreuses variables liées aux caractéristiques techniques, qualitatives et de performance de l'objet du marché sont utilisées;

iii) Les critères autres que le prix utilisés pour l'évaluation doivent être quantifiables et pouvoir être exprimés en termes pécuniaires (il pourrait s'agir par exemple des délais de livraison et des délais de garantie) de façon à être intégrés dans la formule mathématique automatisée qui désignera l'offre retenue à chaque étape successive de l'enchère. Pendant l'enchère, chaque offre révisée donne lieu à un classement ou à un reclassement des enchérisseurs à l'aide de ces techniques automatisées;

f) Indications appropriées concernant l'utilisation des enchères: en fonction de sa situation, et notamment de son niveau d'expérience en matière d'enchères électroniques inversées, un État adoptant pourra choisir de limiter l'utilisation de cette technique à la passation des marchés de biens. Certains États tiennent des listes de biens, de travaux ou de services pouvant être acquis par voie d'enchères électroniques inversées. Les États adoptants devraient savoir que la tenue de telles

listes peut se révéler compliquée dans la pratique, car il faut les actualiser à mesure que de nouveaux produits ou articles apparaissent. Si l'on veut utiliser des listes, il est préférable d'établir des listes indicatives d'articles se prêtant à une acquisition par enchères électroniques inversées ou bien d'énumérer les caractéristiques génériques qui font qu'un article particulier peut ou non faire l'objet d'une passation de marché par cette technique;

g) Mise en place progressive des enchères: il est recommandé aux États adoptants n'ayant pas l'expérience des enchères électroniques inversées de les introduire progressivement, à mesure qu'ils se familiarisent avec cette technique, c'est-à-dire de commencer par autoriser les enchères fondées uniquement sur le prix, dans lesquelles le prix seul détermine l'offre à retenir, et de passer ensuite, le cas échéant, à des enchères plus complexes, dans lesquelles des critères autres que le prix sont également pris en compte. Pour ce dernier type d'enchère, il faudrait que les entités adjudicatrices aient des compétences et une expérience poussées, par exemple, la capacité à prendre correctement en compte des critères autres que le prix dans une formule mathématique, même si les enchères électroniques inversées sont confiées à des tiers prestataires de services, pour être à même de superviser les activités de ces tiers;

h) Comme indiqué dans les paragraphes ... ci-dessus, la Loi type décourage la facturation de l'utilisation des systèmes de passation. S'il devait y avoir un droit d'entrée pour participer à l'enchère, conformément aux principes et aux objectifs de la Loi type, il doit au moins être signalé dès le début de la passation;

i) Renforcement des capacités: en vue de tirer le meilleur parti des enchères électroniques inversées, tant les entités adjudicatrices que les fournisseurs et entrepreneurs doivent avoir confiance dans ce processus et dans ses résultats en termes de réalisation des objectifs des pouvoirs publics dans le cadre de la passation, et doivent être en mesure de les utiliser efficacement. À cette fin, les États devraient être prêts à investir suffisamment de ressources dans des programmes de sensibilisation et de formation à un stade précoce:

i) Les entités adjudicatrices devront acquérir de nouvelles compétences et être initiées aux enchères électroniques inversées afin de comprendre les avantages et les inconvénients potentiels, les conditions d'utilisation, les circonstances dans lesquelles elles sont appropriées, ainsi que les risques liés à leur utilisation, même dans les situations appropriées;

ii) Les fournisseurs et entrepreneurs, en particulier les petites et moyennes entreprises, devront connaître et comprendre les changements qu'implique la conclusion de marchés publics au moyen d'enchères électroniques inversées ainsi que l'effet de ces changements sur leurs activités, faute de quoi un marché sur lequel les achats publics étaient précédemment réalisés avec succès au moyen d'autres techniques de passation risque d'être abandonné et l'investissement des pouvoirs publics dans le système d'enchères électroniques inversées d'échouer;

iii) Le grand public devrait comprendre les avantages de l'introduction de cette nouvelle technique et être convaincu qu'elle aidera les pouvoirs publics à atteindre leurs objectifs en matière de passation.

Un programme de sensibilisation et de formation peut être dispensé par divers moyens et supports, dont un bon nombre sont peut-être déjà en place: réunions d'information périodiques, lettres d'information, études de cas, conseils réguliers, service d'assistance, guides faciles d'utilisation et d'accès, enchères simulées, cours d'initiation et d'orientation. Dans le cadre de ce programme, il faudrait recueillir et analyser les réactions de tous les participants, ce qui devrait permettre d'apporter les changements nécessaires aux processus d'enchères électroniques inversées.

7. Les enchères électroniques inversées prévues dans la Loi type peuvent être utilisées soit comme une méthode de passation autonome ("enchères autonomes"), soit comme l'étape finale précédant l'attribution d'un marché dans d'autres procédures de passation (ou dans les accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, "enchères en tant qu'étape") selon le cas. Ces deux types d'enchères nécessitent, dans une certaine mesure, des dispositions différentes; les États adoptants peuvent choisir de prévoir les deux types d'enchères ou un seul.

8. Les enchères autonomes sont appropriées lorsque les besoins de l'entité adjudicatrice sont relativement simples, par exemple quand il s'agit de produits courants ou d'articles normalisés disponibles dans le commerce. Lorsque ces achats sont susceptibles de se répéter, les entités adjudicatrices pourront les combiner avec des accords-cadres ouverts (les paragraphes ... ci-dessous donnent des indications sur l'utilisation de ces derniers). Les enchères en tant qu'étape conviennent lorsque la présentation d'offres successives fait suite à des étapes initiales plus détaillées dans la procédure (telles que l'évaluation des qualifications et de la conformité, et éventuellement le classement) et sont normalement davantage appropriées pour les passations moins simples. Lorsque les enchères sont utilisées dans des passations plus complexes, il existe un risque de concentration du marché. La technique pourra néanmoins être utilisée efficacement, s'il est estimé que la concurrence sera agressive malgré le nombre relativement peu élevé d'acteurs[7]. Les dispositions du chapitre VI sont rédigées de manière à permettre l'exercice des deux options sans qu'il soit nécessaire d'apporter des modifications importantes aux dispositions de la Loi type.

B. Dispositions sur les enchères électroniques inversées à insérer dans le commentaire par article

Article 30. Conditions d'utilisation d'une enchère électronique inversée

1. L'article a pour objet de définir les conditions d'utilisation exhaustives des enchères électroniques inversées, soit comme méthode autonome, soit comme étape. Ces conditions sont nécessaires pour limiter les risques d'utilisation abusive ou excessive.

2. Le paragraphe 1 énonce les conditions d'utilisation des enchères autonomes. L'idée est que ces enchères sont destinées principalement à satisfaire les besoins d'une entité adjudicatrice en biens normalisés, simples et généralement disponibles, qui surviennent de façon répétée, tels que des produits standard (par exemple,

---

[7] Le Guide devra peut-être expliquer d'autres aspects à prendre en considération lorsqu'il s'agit de choisir entre des enchères autonomes et des enchères en tant qu'étape. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

fournitures de bureau, produits courants, matériel informatique standard, ou encore produits de construction de base). Dans les marchés de ce type, le facteur déterminant est le prix[8] ou la quantité; il n'y a pas besoin de processus d'évaluation complexe; les coûts après acquisition sont limités voire nuls; et aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli.

3. L'obligation, faite à l'alinéa a) du paragraphe 1, de fournir une description détaillée et précise de l'objet du marché empêchera l'utilisation de cette technique de passation pour la plupart des marchés de services et de travaux, sauf s'ils sont très simples et sont véritablement quantifiables (par exemple, des travaux simples d'entretien de la voirie).

4. En formulant une description détaillée et précise de l'objet du marché et les autres conditions du marché, les entités adjudicatrices devront mentionner clairement les caractéristiques techniques et qualitatives objectives des biens, travaux et services achetés, conformément à l'article 10 de la Loi type, de manière que les enchérisseurs disposent d'une base commune pour faire leurs offres. Il est donc souhaitable d'utiliser une terminologie commune relative aux marchés pour désigner les biens, les travaux ou les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché.

5. L'alinéa b) du paragraphe 1 vise à réduire les risques de collusion et à garantir un résultat optimal de l'enchère grâce à une concurrence rigoureuse. Il exige l'existence d'un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée. (Pour les préoccupations relatives à l'anonymat et à la collusion, voir les paragraphes ... ci-dessus). Cet alinéa b) est complété par le paragraphe 2 de l'article 54, en vertu duquel l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour y participer est insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère (pour le commentaire des dispositions du paragraphe 2 de l'article 54, voir les paragraphes ... du présent Guide).

6. L'alinéa b) du paragraphe 1 parle de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée. Il ne faut pas en déduire pour autant que la passation de marché par enchères électroniques inversées comportera nécessairement une préqualification. Il est possible que, pour accélérer le processus et le rendre moins coûteux, les qualifications de l'enchérisseur retenu soient évaluées après l'enchère seulement. Pour le commentaire des dispositions de l'article 56, voir les paragraphes ... du présent Guide.

7. L'article s'applique à la passation de marché dont l'attribution est fondée soit sur le prix, soit sur le prix et d'autres critères précisés au début de la procédure. Le principe d'une enchère veut que le prix soit un critère d'attribution déterminant (voire le seul critère): comme indiqué dans le paragraphe ... ci-dessus, les enchères électroniques inversées ne conviennent pas pour les marchés complexes, dans lesquels des jugements de valeur interviennent sur l'importance relative des critères

---

[8] On trouvera, dans le commentaire de l'article 11, des indications sur ce qui constitue le prix par rapport aux autres critères, y compris les critères étroitement liés au prix (tels que le délai de garantie) exprimés en pourcentage du prix total.

d'évaluation et où ces critères peuvent être nombreux. Lorsque des critères autres que le prix sont utilisés pour déterminer la soumission à retenir, l'alinéa c) du paragraphe 1 exige qu'ils soient quantifiables et qu'ils puissent être exprimés en termes pécuniaires (par exemple, chiffres, pourcentages). Si tous les critères peuvent, en théorie, être exprimés en termes pécuniaires, on obtiendra un résultat optimal lorsqu'il est logique, dans la pratique, de les exprimer ainsi.

8. C'est à l'État adoptant qu'il appartient de décider si l'attribution du marché par enchères électroniques inversées doit reposer sur le seul prix ou sur le prix et d'autres critères, selon les circonstances locales, notamment le niveau d'expérience de ses entités adjudicatrices et des fournisseurs et entrepreneurs en matière d'enchères électroniques inversées et le secteur économique dans lequel ce type d'enchères est envisagé. Pour les considérations générales relatives à l'utilisation de critères d'attribution autres que le prix, voir les paragraphes ... ci-dessus.

9. Les dispositions de la Loi type ne devraient pas être interprétées comme laissant entendre que les enchères électroniques inversées seront appropriées et devraient toujours être utilisées dès lors que toutes les conditions du paragraphe 1 sont réunies. Les États adoptants souhaiteront peut-être prévoir, par exemple dans les règlements en matière de passation des marchés et les guides qui les accompagneront, d'autres conditions d'utilisation, par exemple le regroupement d'achats pour amortir les coûts de mise en place du système de tenue des enchères, y compris ceux des tiers fournisseurs de logiciels et de services, et donner des indications sur le concept de critères de "prix" en se fondant sur les dispositions pertinentes de l'article 11 et le commentaire l'accompagnant.

10. Le paragraphe 2 porte sur l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant qu'étape. Ces enchères peuvent être particulièrement adaptées pour la mise en concurrence lors de la deuxième étape d'un accord-cadre, où le nombre de variables à prendre en compte dans l'enchère est limité[9]. En revanche, il ne sera peut-être pas toujours approprié d'utiliser ces enchères comme étape dans toutes les méthodes de passation envisagées par la Loi type. Étant donné qu'une enchère électronique inversée présuppose des processus entièrement automatisés, dont une évaluation automatique à l'aide d'une formule mathématique, l'entité adjudicatrice doit veiller à ce que les critères appliqués pour déterminer la soumission à retenir soient quantifiables et puissent être exprimés en termes pécuniaires (alinéa c) du paragraphe 1 et paragraphe 2) s'il convient de recourir à une enchère électronique inversée comme étape dans d'autres méthodes de passation. Certaines méthodes de passation se focalisent sur la qualité et supposent une évaluation plus complexe des aspects qualitatifs qui ne se limite pas à la simple définition de critères d'admission ou de rejet pour vérifier la conformité des soumissions. Dans de tels cas, il peut souvent s'avérer impossible ou inapproprié d'évaluer les aspects qualitatifs dans le cadre de l'enchère. Étant donné que la Loi type exige que l'enchère soit la phase finale avant l'attribution d'un marché, les enchères ne peuvent pas être utilisées

---

[9] Le libellé prend en compte les points soulevés au sein du Groupe de travail et dans le cadre des consultations d'experts. Le Guide devra peut-être donner davantage de précisions sur les difficultés de préserver l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer une véritable concurrence entre eux dans le cas d'enchères électroniques inversées utilisées comme étape, en particulier dans les accords-cadres fermés. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

lorsque les aspects qualitatifs doivent être évalués après leur tenue (pour toutes ces questions, voir les paragraphes ... ci-dessus)[10].

Article 52. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère électronique inversée

1. L'article énonce les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchères autonomes, c'est-à-dire lorsque celles-ci sont utilisées comme une méthode autonome de passation de marché et non comme une étape finale avant l'attribution d'un marché dans d'autres méthodes de passation ou en application d'accords-cadres. Bien que toutes les enchères autonomes soient soumises à des procédures de base, les procédures applicables à chaque passation dépendront de la complexité de l'enchère concernée. Certaines enchères peuvent être très simples, puisqu'elles ne requièrent même pas la vérification des qualifications des enchérisseurs ni de la conformité des offres avant l'enchère, alors que d'autres peuvent être plus complexes et nécessiter une préqualification, ainsi qu'un examen et une évaluation des offres initiales. La complexité des procédures sera déterminée par l'objet du marché, les critères d'examen et d'évaluation à utiliser et la question de savoir si les qualifications seront vérifiées avant l'enchère (ou, comme l'autorise le paragraphe 2 de l'article 56, si seulement celles de l'enchérisseur retenu seront vérifiées après l'enchère).

2. Par exemple, dans la passation de marchés de produits "standard", il n'y a pratiquement aucun risque que les offres s'avèrent non conformes ou que les enchérisseurs n'aient pas les qualifications, le besoin de procéder à des vérifications avant l'enchère étant donc corrélativement bas. Une simple déclaration des fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère peut être suffisante dans ce cas (ils déclarent, par exemple, qu'ils possèdent les qualifications requises, qu'ils comprennent la nature de l'objet du marché et qu'ils peuvent le fournir). Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de vérifier la conformité avant l'enchère (par exemple, lorsque seuls les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont en mesure de livrer des voitures avec un niveau d'émissions maximum préalablement fixé sont admissibles à l'enchère), si bien que des offres initiales seront requises. Dans certains de ces cas, l'entité adjudicatrice peut souhaiter classer les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres initiales conformes avant l'enchère (dans

---

[10] Les suggestions ci-après ont été faites à la onzième session du Groupe de travail (A/CN.9/623, par. 57 et 74 à 76): i) reconnaître dans le commentaire les difficultés posées par l'introduction et la réglementation des enchères électroniques inversées comme étape dans certaines méthodes de passation; ii) alerter les États adoptants sur le manque d'expérience de la réglementation et de l'utilisation de ce type d'enchères électroniques inversées; et iii) expliquer si et, dans l'affirmative, comment les enchères électroniques inversées pourraient être intégrées dans différentes méthodes de passation envisagées par la Loi type, et quelles modifications il faudrait apporter aux caractéristiques traditionnelles des méthodes dans lesquelles les enchères pourraient être intégrées. Le Guide pourrait indiquer, avec des renvois appropriés, que l'utilisation de ce type d'enchères dans la procédure d'appel d'offres serait inopportune en raison des caractéristiques particulières de cette méthode (par exemple l'interdiction de modifier quant au fond les offres une fois qu'elles ont été soumises), et si, dans d'autres méthodes de passation, les dispositions de la Loi type devraient être modifiées de manière à permettre un processus itératif pour la soumission d'offres ou de prix afin de tenir compte de l'utilisation des enchères électroniques inversées. Il faudra insérer des indications pour les suggestions considérées comme toujours actuelles. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

l'exemple donné, les fournisseurs ou entrepreneurs dont les offres initiales atteignent le seuil fixé seront classés sur la base des niveaux d'émissions), de manière à indiquer leur position relative et l'étendue des améliorations qu'ils devront peut-être apporter à leurs offres pendant l'enchère afin d'augmenter leurs chances de la remporter. L'enchère doit donc être précédée par une évaluation des offres initiales. L'article a été rédigé dans le but de s'adapter à toutes ces différentes options.

3. Le paragraphe 1 réglemente la sollicitation des offres dans les enchères autonomes. En renvoyant aux dispositions de l'article 32, il exige une sollicitation ouverte, répondant ainsi à l'une des conditions du recours aux enchères autonomes, à savoir l'existence d'un marché concurrentiel (voir art. 30-1 b)). En exigeant également une sollicitation internationale – règle par défaut prévue dans la Loi type –, les dispositions ont pour but d'assurer la plus large participation possible à une enchère électronique inversée. Les quelques exceptions à la sollicitation internationale concernent d'autres méthodes de passation exigeant une sollicitation ouverte et sont énumérées au paragraphe 4 de l'article 32 (passation de marché national conformément à l'article 8 et marchés de faible valeur. Voir le commentaire sur l'article 32-4 aux paragraphes ... ci-dessus). Lorsque l'enchère est précédée d'une préqualification, les dispositions de l'article 17 s'appliqueront à la procédure de préqualification et à la sollicitation d'offres auprès de ceux qui ont été préqualifiés (il convient de relever que ces dispositions ont aussi été rédigées de manière à ce que la sollicitation ouverte internationale soit la règle par défaut).

4. Les dispositions sur la sollicitation ont été élaborées de façon à remplir l'une des conditions essentielles du recours aux enchères autonomes, à savoir la concurrence effective pendant l'enchère (art. 30-1 b)). Une concurrence effective n'est possible qu'en l'absence de collusion, ce qui par voie de conséquence exige l'anonymat des enchérisseurs. D'autres dispositions du chapitre rappellent qu'il est important de remplir cette condition: par exemple, en exigeant à l'article 52 que le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère soit précisé dans l'invitation à l'enchère (par. 1 j)) et en imposant l'abandon de l'enchère si ce nombre minimum d'inscrits n'est pas atteint. En outre, conformément au paragraphe 2 de l'article 54, l'entité adjudicatrice peut abandonner l'enchère si, alors que le nombre minimum a été atteint, elle considère que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits est insuffisant pour garantir une concurrence effective.

5. Le paragraphe 1 énumère en outre toutes les informations que doit comporter l'invitation à l'enchère. Puisque, dans les enchères simples, aucune information complémentaire ne peut être transmise, l'invitation étant suivie par l'enchère même, la liste énumère de manière exhaustive toutes les informations qui doivent être communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs avant l'enchère. Le but est de leur permettre de déterminer s'ils souhaitent prendre part à la procédure de passation et s'ils remplissent les conditions requises à cette fin et, dans l'affirmative, comment ils peuvent participer. Les exigences en matière de renseignements sont semblables à celles qui s'appliquent à l'invitation à soumettre une offre (art. 36) et à la teneur du dossier de sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert (art. 38). Comme dans ces cas, l'entité adjudicatrice peut ne pas mentionner la monnaie de paiement ni la langue exigées (alinéas i) et p)) en cas de passation de marchés nationaux, si une telle mention est inutile en l'espèce; la mention de la ou des

langues demeure toutefois importante dans certains pays multilingues même en cas de passation nationale.

6. D'autres informations ont été ajoutées à la liste (en comparaison avec la liste pour l'appel d'offres ouvert) pour tenir compte des particularités procédurales de cette méthode de passation de marché et du fait, notamment, qu'elle se déroule en ligne et implique une évaluation automatique des offres pendant l'enchère. L'alinéa g) souligne précisément qu'il est nécessaire de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels, non seulement les critères et les procédures d'évaluation, mais également la formule mathématique qui sera utilisée dans la procédure d'évaluation pendant l'enchère. L'évaluation automatique des offres au moyen d'une formule mathématique est une des particularités des enchères électroniques inversées et n'est possible que lorsque les critères d'évaluation sont quantifiables et exprimés en termes pécuniaires (comme l'exige l'article 30-1 c)). La communication de la formule mathématique dès le début de la passation garantit que les offres seront évaluées de façon transparente et égale. Ces informations, ainsi que l'obligation faite au paragraphe 4 c) de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales les résultats de toute évaluation préalable à l'enchère et l'exigence à l'article 55-2 de tenir les enchérisseurs informés de l'avancement de l'enchère, permettent à ceux-ci de déterminer leur position pendant l'enchère de façon transparente et indépendamment de l'entité adjudicatrice et du système. Ils peuvent ainsi vérifier l'intégrité de la procédure d'évaluation.

7. Les informations à fournir selon les alinéas j) à p) sont aussi spécifiques aux enchères électroniques inversées. L'alinéa j) exige que soit indiqué le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant s'inscrire à l'enchère afin que celle-ci puisse avoir lieu. L'importance de cette information pour garantir une concurrence effective durant l'enchère est soulignée au paragraphe 4 ci-dessus. Le texte de la Loi type ne peut lui-même indiquer de minimum unique (contrairement à ce qu'il fait pour d'autres méthodes de passation de marché, telles que la demande de prix, où il mentionne un minimum de trois prix). Ceci s'explique par le fait qu'un minimum de trois enchérisseurs peut suffire à remplir la condition de concurrence effective, à garantir l'anonymat des enchérisseurs et à éviter la collusion dans certaines enchères mais pas dans d'autres. Les circonstances de chaque marché aideront l'entité adjudicatrice à préciser le nombre minimum adéquat. Afin d'éviter la collusion, l'entité devrait fixer le minimum au niveau le plus élevé possible, en sachant toutefois qu'elle sera obligée d'abandonner l'enchère si ce minimum n'est pas atteint [alors que l'article 54-2 l'autorise à abandonner l'enchère même si le minimum a été atteint, par exemple, si elle soupçonne une collusion entre les fournisseurs ou entrepreneurs inscrits ou si une véritable concurrence ne peut être assurée même avec le minimum requis (voir le commentaire de l'article 54-2 au paragraphe ... ci-dessous)]. Les questions de l'objectivité et de l'équité dans le traitement des fournisseurs ou entrepreneurs ne devraient pas être négligées dans ce contexte.

8. L'alinéa k) est une disposition facultative (par conséquent mise entre parenthèses) qui permet de fixer un nombre maximum d'enchérisseurs et qui indique la procédure et les critères qui seront appliqués pour sélectionner ce maximum. Comme l'explique la note de bas de page correspondante, la disposition ne devrait pas être incorporée par les États dont la situation sur le plan technique ne

l'exige pas et, dans tous les cas, devrait être complétée par le paragraphe 2 de cet article, pour apporter des garanties essentielles contre les abus. La CNUDCI a autorisé cette mesure dans les enchères électroniques inversées pour tenir compte des limites de capacité technique entravant l'accès aux systèmes concernés (par exemple, le logiciel acheté pour tenir des enchères électroniques inversées ne peut admettre qu'un certain nombre maximum d'enchérisseurs). Cependant, les États adoptants devraient savoir que ces limites de capacité disparaissent rapidement et que la disposition devrait devenir obsolète d'ici peu.

9. La fixation d'un maximum contredit le principe général de la Loi type d'une concurrence pleine et ouverte; elle n'est donc autorisée que dans les circonstances exceptionnelles indiquées. L'idée est de limiter le nombre de participants pour des raisons pratiques mais non le principe de concurrence et la limitation n'est autorisée que dans la mesure où elle est justifiée par les limites de capacité technique existantes. La sélection des participants doit se faire uniquement selon les critères et les procédures préalablement communiqués, ceux-ci devant être conformes aux dispositions de la Loi type. L'entité adjudicatrice peut recourir à une sélection aléatoire ou de type "premier arrivé, premier servi", comme dans l'appel d'offres restreint utilisé pour le motif indiqué à l'article 28-1 b) (voir par. ... ci-dessus), afin de limiter le nombre de façon objective (étant donné que, lorsqu'il y a un nombre suffisant de participants, le marché sera suffisamment homogène pour que les meilleures offres du marché puissent être soumises). Elle peut aussi recourir à une présélection, comme dans la demande de propositions avec dialogue (voir par. ... ci-dessus)[11]. Comme expliqué aux paragraphes ... ci-dessus, ni la préqualification ni l'examen des offres initiales (qui permettent simplement d'appliquer des critères d'admission ou de rejet) ne permettent de sélectionner un nombre prédéterminé de fournisseurs ou d'entrepreneurs répondant le mieux aux critères de qualification ou d'offres les mieux classées.

10. Les alinéas l) à p) énumèrent les informations sur les aspects techniques de l'enchère qui doivent être fournies afin de tenir compte de son déroulement en ligne et d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus (comme, par exemple, les spécifications de connexion, le matériel utilisé, le site Web, tout logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité). La Loi type énumère uniquement les exigences fonctionnelles minimales essentielles à la bonne conduite de l'enchère et elle les formule dans des termes technologiquement neutres. Ces exigences devraient être complétées par une réglementation détaillée. Par exemple, la réglementation doit énoncer les critères de clôture de l'enchère dont il est question à l'alinéa o), tels que: i) lorsque la date et l'heure spécifiées pour la clôture de l'enchère sont passées; ii) lorsque l'entité adjudicatrice, dans un délai déterminé, ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs valables qui constituent une amélioration par rapport à l'offre la mieux classée; ou iii) lorsque le nombre d'étapes fixé pour l'enchère dans l'avis d'enchère électronique inversée a été accompli. La réglementation devrait aussi préciser que chacun de ces critères peut nécessiter la communication préalable d'informations complémentaires spécifiques. Par exemple, le deuxième critère (énoncé au point ii) ci-dessus) nécessiterait d'indiquer le laps de temps qui devra s'écouler après réception de la dernière offre

---

[11] Il faudrait examiner si la référence à la présélection et si les méthodes de sélection dans les procédures d'appel d'offres restreint sont appropriées dans le contexte des enchères électroniques inversées. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

pour clore l'enchère. Le troisième critère (énoncé au point iii) ci-dessus) nécessiterait la communication préalable d'informations sur le fait de savoir si l'enchère ne comportera qu'une phase ou en comportera plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, les informations communiquées devraient mentionner leur nombre et la durée de chacune d'elles et indiquer par quoi s'achèvera chaque phase, par exemple si l'exclusion d'enchérisseurs à la fin de chaque phase est envisagée).

11. En ce qui concerne l'alinéa p), la réglementation devrait aussi exiger que soient communiqués: i) les procédures à suivre en cas de défaillance, dysfonctionnement ou panne du système qui sera utilisé au cours de l'enchère, ii) le moment où et la manière dont les informations seront mises à disposition des enchérisseurs au cours de l'enchère (au minimum, et afin d'assurer l'égalité de traitement, la même information devrait être communiquée simultanément à tous les enchérisseurs); et iii) s'agissant des conditions dans lesquelles ils pourront enchérir, les améliorations minimales, en termes de prix ou d'autre valeur, que toute nouvelle offre pourra comporter pendant l'enchère ou les limites à de telles améliorations. Dans ce dernier cas, les informations doivent expliquer les limites (qui peuvent être inhérentes aux caractéristiques techniques de l'objet à acquérir).

12. Ces informations détaillées peuvent être communiquées dans l'avis d'enchère électronique inversée ou, par référence, dans les règles de conduite de l'enchère, à condition que toutes les informations pertinentes soient portées à la connaissance de tous les fournisseurs ou entrepreneurs suffisamment longtemps avant l'enchère, afin de leur permettre de préparer convenablement leur participation. Il convient de reconnaître qu'il ne sera pas toujours possible de communiquer toutes les informations pertinentes dans l'invitation. Par exemple, dans une enchère complexe qui implique un examen ou une évaluation des offres initiales (voir par. 16 à 21 ci-dessous), le délai d'inscription à l'enchère (alinéa m)) et la date et l'heure de son ouverture (alinéa n)) ne seront peut-être pas connus avec certitude avant la fin de l'examen ou de l'évaluation. Il faudra peut-être déterminer les critères de clôture de l'enchère lorsque seront connus le nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs inscrits à l'enchère et d'autres éléments influant sur la structure de l'enchère (par exemple le nombre de tours). Lorsqu'il n'est pas possible de communiquer toutes les informations pertinentes dans des termes précis, l'invitation doit fixer au minimum les critères généraux, les critères spécifiques pouvant être définis à un stade ultérieur du processus mais en aucun cas après le début de l'enchère.

13. Il faut interpréter certaines informations énumérées au paragraphe 1 en se rapportant à d'autres dispositions du chapitre. Par exemple, l'alinéa f), qui renvoie aux critères et à la procédure d'examen des offres par rapport à la description de l'objet du marché, devrait être lu conjointement avec les dispositions de l'article 56-2, qui permet qu'en cas d'enchères très simples, l'examen de l'offre retenue soit réalisé après l'enchère. L'alinéa f) englobe aussi les critères qui ne peuvent pas être modifiés pendant le déroulement de l'enchère (tels que les exigences techniques minimales). L'alinéa s), qui mentionne le nom, le titre fonctionnel et l'adresse de la ou des personnes chargées au sein de l'entité adjudicatrice de communiquer directement avec les fournisseurs ou entrepreneurs "concernant la procédure de passation de marché avant et après l'enchère", doit être lu conjointement avec les dispositions de l'article 55-2 d), qui interdit toute communication entre l'entité adjudicatrice et les enchérisseurs au cours de l'enchère.

14. Certaines informations devant être fournies dans d'autres méthodes de passation de marché ne sont pas appropriées pour les enchères électroniques inversées et ne sont, par conséquent, pas mentionnées au paragraphe 1. Par exemple, les offres ne portant que sur une ou plusieurs parties de l'objet du marché ne sont pas permises (autrement, des enchères distinctes dans la même procédure de passation de marché seraient nécessaires). Aucune disposition n'autorise de réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs afin de préserver l'anonymat des enchérisseurs. L'alinéa u), sur les formalités à accomplir après l'enchère, ne comporte aucune référence à l'approbation d'une entité extérieure, dans le but de tenir compte à la fois des conditions d'utilisation des enchères autonomes et du type d'objet dont l'acquisition est envisagée par voie d'enchère conformément à l'article 30-1 de la Loi type. La signature d'un marché écrit en application de l'article 21 de la Loi est en revanche mentionnée et des formalités spécifiques au contexte des enchères électroniques inversées, telles que la possibilité d'évaluer les qualifications ou la conformité après l'enchère, ont été ajoutées[12].

15. Le paragraphe 2, qui traite de l'imposition d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant s'inscrire à l'enchère, a été examiné dans le commentaire sur le paragraphe 1 k) de l'article (voir par. 8 ci-dessus). En particulier, l'entité adjudicatrice ne peut imposer ce nombre que dans la mesure où des limites de capacité technique de son système de communication l'exigent. Comme pour les accords-cadres ouverts, les États adoptants devraient savoir que cette disposition risque, en raison des progrès techniques, de devenir obsolète à court ou moyen terme.

16. Les paragraphes 3 et 4 énoncent des prescriptions additionnelles pour le contenu de l'invitation à l'enchère et pour les autres étapes précédant l'enchère en tant que méthode autonome impliquant des offres initiales. Bien qu'une enchère reposant uniquement sur le prix n'exige normalement pas la soumission d'offres initiales ni d'autres procédures préalables, les dispositions sont suffisamment flexibles pour permettre cette éventualité (lorsque, par exemple, l'entité adjudicatrice considère que des exigences techniques minimales sont essentielles). L'État adoptant peut omettre ces deux paragraphes, s'il décide que sa législation nationale des marchés publics ne prévoira que des enchères très simples, qui ne comporteront aucune phase préalable, à l'exception de l'invitation et de l'inscription à l'enchère.

17. Dans les enchères plus complexes impliquant des offres initiales, l'entité adjudicatrice doit inclure dans l'invitation les informations spécifiées au paragraphe 3, qui viennent donc s'ajouter à celles énumérées au paragraphe 1. Dans ces cas, l'entité adjudicatrice doit à la fois demander des offres initiales et donner des instructions suffisamment détaillées pour leur préparation, en indiquant notamment la portée des offres initiales, la langue dans laquelle elles doivent être établies et les modalités, le lieu et la date limite de présentation. Les alinéas f) et g) du paragraphe 1 sur les critères d'examen et d'évaluation des offres, seront aussi applicables aux offres initiales et les informations à fournir conformément à ces alinéas devront par conséquent concerner l'examen ou l'évaluation des offres avant et pendant l'enchère. Puisqu'il y aura des chevauchements entre les informations à

---

[12] On pourrait examiner s'il faudrait inclure davantage de détails sur les considérations de principes. Dans l'affirmative, le Secrétariat demande des orientations sur ces considérations.

fournir pour les offres initiales et celles à fournir pour les offres soumises au cours de l'enchère, l'entité adjudicatrice doit correctement indiquer quelle information se rapporte à quelle étape, afin d'éviter toute confusion (en particulier s'agissant des modalités, du lieu et de la date limite de présentation des offres initiales, par rapport aux modalités d'accès à l'enchère, aux modalités et au délai d'inscription à l'enchère, aux différents critères et procédures d'évaluation, etc.). Les informations fournies concernant l'établissement, l'examen ou l'évaluation des offres initiales doivent être soigneusement rédigées afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de préparer leurs offres initiales et leur garantir qu'elles seront examinées ou évaluées sur la même base.

18. Le paragraphe 4 réglemente les étapes supplémentaires préalables à l'enchère qui sont requises pour l'examen ou l'évaluation des offres initiales. Afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs lésés d'engager des recours efficaces, un avis motivé de rejet doit être adressé sans délai au fournisseur ou à l'entrepreneur dont l'offre initiale a été rejetée. Les dispositions du paragraphe 4 ne régissent pas les motifs de rejet mais les dispositions du chapitre premier de la Loi type s'appliqueront, comme l'article 9 qui énonce les motifs de disqualification, l'article 10 qui énumère les critères de conformité, l'article 19 sur le rejet des soumissions anormalement basses et l'article 20 sur l'exclusion d'un fournisseur ou entrepreneur au motif d'incitations, d'un conflit d'intérêts ou d'un avantage concurrentiel injuste. Pour plus de commodité, l'État adoptant voudra peut-être envisager d'énumérer tous les motifs de rejet des offres initiales dans sa réglementation relative à la passation des marchés.

19. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes doivent être invités à l'enchère sauf si les dispositions des paragraphes 1 k) et 2 ont été adoptées et si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être invités a été limité par l'entité adjudicatrice conformément à ces dispositions. Dans ce cas, l'entité adjudicatrice peut rejeter des offres conformément aux critères et à la procédure précisés dans l'invitation à l'enchère pour la sélection du nombre maximum. Si le nombre total des fournisseurs ou entrepreneurs qui soumettent des offres initiales conformes s'avère inférieur au minimum établi conformément au paragraphe 1 j), l'entité adjudicatrice doit abandonner l'enchère; si ce nombre est supérieur au minimum mais est toujours insuffisant pour assurer une concurrence effective pendant l'enchère, l'entité adjudicatrice peut décider d'abandonner l'enchère conformément à l'article 54-2 (voir le commentaire de l'article 54-2).

20. Comme mentionné au paragraphe 2 ci-dessus, dans certaines enchères complexes, les offres initiales peuvent faire l'objet d'un examen, et toutes les offres initiales qui atteignent le seuil minimum sont admises à l'enchère. Dans d'autres enchères complexes, les offres initiales font en outre l'objet d'une évaluation et peuvent être classées. Dans cette dernière hypothèse, le classement des fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres conformes et d'autres informations sur le résultat de l'évaluation doivent leur être communiqués, conformément au paragraphe 4 c), avant que l'enchère puisse commencer. Les informations à communiquer peuvent varier d'une enchère à l'autre; dans tous les cas, elles devraient être suffisantes pour permettre à ces fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer leur position par rapport à leurs concurrents avant l'enchère afin qu'ils puissent enchérir de façon efficace et responsable pendant celle-ci. Avec la formule

mathématique à utiliser pendant l'enchère, telle que précisée dans l'invitation à l'enchère conformément au paragraphe 1 g), ces informations devraient permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs d'évaluer eux-mêmes leurs chances de réussite et d'identifier quels aspects de leurs offres ils devraient et pourraient changer, et dans quelle proportion, afin d'améliorer leur classement[13].

21. Les dispositions du paragraphe 4 ont été rédigées dans le but de préserver l'anonymat des enchérisseurs et la confidentialité des informations sur leurs offres initiales et le résultat de tout examen ou toute évaluation. Chaque fournisseur ou entrepreneur reçoit des informations uniquement sur sa propre offre initiale. Afin de garantir un traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs, les informations doivent être envoyées rapidement et simultanément à chacun d'entre eux[14].

Article 53. Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dans laquelle une enchère électronique inversée précède l'attribution du marché

1. L'article régit les procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation dont l'enchère électronique inversée constitue une étape. Les conditions d'utilisation de ces enchères électroniques inversées sont examinées dans le commentaire de l'article 30, aux paragraphes ... ci-dessus.

2. Le paragraphe 1 fait référence aux informations minimales à fournir lorsque l'entité adjudicatrice sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs

---

[13] Le Guide devrait peut-être fournir des orientations supplémentaires s'agissant de l'étendue des informations sur le résultat de l'ensemble de l'évaluation, qui sont à communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant des offres initiales. Voir le paragraphe 3 du commentaire de l'article 55 pour des considérations similaires. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[14] Il faudra examiner l'emplacement du texte suivant que le Groupe de travail a suggéré d'insérer dans le Guide: "Dans les enchères complexes, l'entité adjudicatrice peut recevoir des offres initiales qui dépassent de beaucoup les exigences minimales, en particulier lorsque les fournisseurs seraient autorisés à proposer des articles ayant différentes valeurs techniques et donc différents niveaux de prix." Un autre point à examiner concerne les garanties de soumission et la question de savoir si on peut y avoir recours en matière d'enchères autonomes. Pour les enchères simples, la réponse est a priori négative (qu'elles soient autonomes ou qu'elles constituent une étape dans une autre méthode de passation); pour les enchères complexes, la situation peut être différente et les garanties de soumission pourraient être appropriées. Si elles sont exigées, comment cette exigence s'appliquera-t-elle dans la pratique? Quel événement pourrait conduire à la perte de la garantie de soumission? Le défaut d'inscription à l'enchère conformément à l'article 54 entraîne-t-il la perte de la garantie au motif que la participation à l'enchère est considérée comme une condition de la procédure de passation? Dans ce cas, le but est d'éviter les situations où l'entité adjudicatrice ne peut tenir l'enchère car un ou deux fournisseurs ne s'y sont pas inscrits. En pratique, toutefois, les enchérisseurs ne peuvent pas être obligés à changer des aspects de leurs offres et peuvent simplement s'abstenir d'enchérir, de sorte que la garantie de soumission est en fait inutile. Il convient de rappeler que le Groupe de travail a décidé de ne pas prévoir de disposition exigeant que des offres soient soumises pendant l'enchère et excluant de l'enchère les enchérisseurs passifs, car de telles dispositions seraient inutiles, surtout étant donné que les fournisseurs ou entrepreneurs ont tendance à enchérir activement à la dernière minute. Les commentaires sur les garanties de soumission dans le contexte du présent chapitre devraient être alignés sur celui de l'article 16 relatif aux garanties de soumission lorsque des questions similaires se posent.

ou d'entrepreneurs à une telle passation. Outre toutes les autres informations qui doivent être données aux fournisseurs ou entrepreneurs, les dispositions du paragraphe 1 imposent à l'entité adjudicatrice de préciser qu'une enchère électronique inversée sera tenue, de donner la formule mathématique qui sera utilisée pendant l'enchère et de communiquer toutes les autres informations nécessaires pour participer à l'enchère. La communication de ces informations minimales dès le début de la procédure de passation de marché est primordiale afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de déterminer non seulement s'ils souhaitent mais aussi s'ils peuvent participer à la procédure. Des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent renoncer à participer à une procédure de passation impliquant des enchères électroniques inversées, par exemple par manque de capacité technique, de connaissances informatiques ou de confiance dans le processus (au sujet de ce dernier point et des mesures de confiance, voir paragraphes ... ci-dessus)

3. Une fois annoncée, l'enchère électronique inversée sera la méthode de sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur à retenir, à moins que le nombre de participants soit insuffisant pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas et conformément à l'article 54-2, l'entité adjudicatrice a le droit d'abandonner l'enchère. Elle a aussi un droit distinct, conféré par l'article 18, d'abandonner la passation de marché. Ce droit peut être exercé en particulier si elle apprend que l'anonymat des enchérisseurs a été compromis au cours des premières phases de la procédure et si un risque de collusion existe.

4. Le paragraphe 2 mentionne la phase qui précède immédiatement la tenue de l'enchère, une fois que toutes les autres étapes obligatoires de la procédure en question ont été achevées (telles que la préqualification, l'examen ou l'évaluation des offres initiales) et que la seule étape restante consiste à déterminer l'offre à retenir par voie d'enchère. L'entité adjudicatrice doit communiquer aux participants restants des informations détaillées sur l'enchère: le délai pour s'inscrire, la date et l'heure de l'ouverture de l'enchère, les conditions d'identification et toutes les règles applicables à la conduite de l'enchère. Les dispositions des articles 52 et 53 ont été rédigées de sorte que des informations équivalentes soient données aux participants à des enchères autonomes et à des enchères en tant qu'étape. Les informations requises font l'objet d'un examen plus poussé dans le commentaire de l'article 52 (voir par. ... ci-dessus).

A/CN.9/731/Add.7 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient un projet de commentaire des articles 54 à 56 du chapitre VI (Enchères électroniques inversées) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics ainsi que des points concernant les enchères électroniques inversées qu'il est proposé d'examiner dans une section du Guide traitant des modifications apportées par rapport au texte de 1994 de la Loi type.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

B. Dispositions sur les enchères électroniques inversées à insérer dans le commentaire par article (*suite*)

Article 54. Inscription à l'enchère électronique inversée et délai pour tenir l'enchère

1. Cet article, qui régit les aspects essentiels de l'inscription à l'enchère et le délai pour tenir celle-ci, vise à assurer aux enchérisseurs qui y participent un traitement juste et équitable grâce aux exigences de transparence énoncées aux paragraphes 1 et 2 (communication rapide à chaque fournisseur ou entrepreneur inscrit d'un avis confirmant son inscription ou l'informant d'une éventuelle décision d'annuler l'enchère) et à la disposition du paragraphe 3 prévoyant un délai raisonnable pour que les fournisseurs ou les entrepreneurs puissent se préparer à l'enchère. Cette dernière exigence est également importante, en particulier dans le cas d'enchères autonomes, afin de donner la possibilité effective de contester les conditions de sollicitation en application des dispositions du chapitre VIII. Une telle contestation n'est possible que jusqu'à la date limite de présentation des soumissions, c'est-à-dire, dans le cas d'une enchère simple (sans examen ou évaluation préalable des offres initiales), jusqu'à l'ouverture de l'enchère; dans d'autres cas, elle est possible jusqu'à la présentation des offres initiales. Le délai entre l'invitation à participer à l'enchère et la tenue de celle-ci devrait donc être fixé en fonction du temps jugé suffisant en l'espèce pour s'y préparer (plus l'enchère est simple, plus ce délai peut être court). La question de savoir comment ménager un délai minimum donnant la possibilité de contester les conditions de sollicitation est également prise en considération. Comme il est précisé au paragraphe 3, il est tenu compte, pour la fixation de ce délai, des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, lesquels peuvent, dans un nombre limité de situations (par exemple en cas d'extrême urgence après une catastrophe), l'emporter sur les autres considérations.

2. Le paragraphe 2 autorise l'entité adjudicatrice à annuler l'enchère si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits à l'enchère est insuffisant pour assurer une concurrence effective. Ces dispositions ne sont pas contraignantes: l'entité adjudicatrice est libre de décider d'annuler ou non l'enchère en pareille circonstance. Étant donné qu'elle peut être incompatible avec l'objectif général de promouvoir la concurrence et d'éviter la collusion, la décision de ne pas annuler l'enchère ne devrait être prise que dans des cas vraiment exceptionnels où la procédure de passation doit se poursuivre malgré l'absence de concurrence effective. L'État adoptant est invité à faire figurer dans les règlements en matière de passation des marchés une liste exhaustive des situations qui justifieraient la poursuite de l'enchère en pareil cas. D'autres raisons peuvent justifier l'annulation (par exemple, des soupçons de collusion, comme il est expliqué plus haut au paragraphe …). Ces dispositions ne s'appliquent pas dans les cas où l'entité adjudicatrice doit annuler l'enchère, par exemple en vertu de l'article 52-1 j) lorsque le nombre minimum de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits éventuellement exigé n'a pas été atteint (voir plus haut les paragraphes …), ou lorsque l'entité adjudicatrice doit mettre fin à l'enchère pour des raisons techniques conformément à l'article 55-5 (voir plus loin les paragraphes …).

3. Dans le cas d'une enchère autonome, l'annulation de l'enchère entraîne l'annulation de la procédure de passation. L'entité adjudicatrice, après avoir analysé les raisons de l'annulation, peut juger opportun d'organiser une autre enchère, par exemple s'il peut être remédié aux erreurs de description qui ont empêché un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs de s'inscrire à l'enchère, ou elle peut opter pour une autre méthode de passation. Lorsque l'enchère constitue seulement une étape de la procédure de passation, son annulation n'entraîne pas nécessairement l'annulation de cette procédure: l'entité adjudicatrice peut décider d'attribuer le marché sur la base des résultats de l'examen ou de l'évaluation préalables des offres, à condition que cette possibilité ait été expressément prévue dès le début de la procédure de passation[1].

4. Lorsque que l'enchère constitue une étape de la procédure de passation, l'entité adjudicatrice devrait également spécifier dès le début de cette procédure ce qui pourrait éventuellement se produire si des fournisseurs ou des entrepreneurs ne s'inscrivaient pas à l'enchère [et traiter la question des garanties de soumission si nécessaire][2].

Article 55. Exigences pendant l'enchère électronique inversée

1. Cet article régit les exigences à respecter dans les enchères électroniques inversées, que celles-ci soient autonomes ou constituent une étape de la procédure de passation. Le paragraphe 1 distingue deux types d'enchères: les plus simples, dans le cadre desquelles c'est le prix le plus bas qui détermine l'offre à retenir, et celles dans le cadre desquelles l'offre à retenir est déterminée par le prix et d'autres critères. Ces derniers peuvent aussi bien être des critères apparentés au prix (par

---

[1] Ce texte traduit les arguments avancés au sein du Groupe de travail; toutefois, la possibilité d'attribuer le marché sur la base de l'examen ou de l'évaluation préalable des offres, à condition que cela ait été expressément prévu dès le début de la procédure de passation, n'est pas explicitement mentionnée dans le texte de la Loi type.

[2] À propos du texte figurant entre crochets, voir la note 14 du document A/CN.9/731/Add.6.

exemple les conditions de livraison et de garantie) que des critères plus complexes (par exemple les niveaux d'émission des automobiles). Quel que soit leur degré de complexité, ces critères supplémentaires doivent se voir attribuer une valeur, exprimée en chiffres ou en pourcentage dans une formule mathématique fournie à l'avance qui permet de les évaluer automatiquement. Comme l'exigent les articles 52 et 53 de la Loi type, chaque critère utilisé pour l'évaluation, la valeur qui lui est attribuée et la formule mathématique utilisée doivent être communiqués dès le début de la procédure de passation et ne peuvent pas être modifiés pendant l'enchère. Seuls les prix et les éléments modifiables peuvent l'être à ce stade[3].

2. Le paragraphe 2 énumère les principales exigences régissant la conduite de l'enchère: à cet égard, il tient compte des caractéristiques du système d'enchères visé par la Loi type et défini dans son article 2 (qui diffère de certains autres types d'enchères utilisées dans la pratique), donne effet aux conditions d'utilisation des enchères énoncées dans l'article 30 et précise les exigences énoncées dans les articles 52 et 53. Par exemple, les alinéas a) et c) soulignent le caractère continu du processus d'enchère. L'alinéa a) exige en outre que les enchérisseurs se voient accorder des chances égales de présenter leurs offres. Dans la pratique, cela signifie par exemple que le système doit enregistrer les offres dès leur réception, quel qu'en soit l'auteur, les évaluer et déterminer leur effet sur les autres offres. Les informations correspondantes doivent être communiquées rapidement à tous les enchérisseurs. Cette dernière exigence est précisée dans l'alinéa c), qui dispose que chaque enchérisseur doit se voir communiquer instantanément des informations suffisantes pour pouvoir déterminer la position de son offre par rapport aux autres. Il ressort du libellé de ces dispositions que les mêmes informations ne doivent pas nécessairement être communiquées à tous les enchérisseurs, mais que celles qui leur sont communiquées doivent être suffisantes pour qu'ils déterminent la position de leur offre et garantir qu'ils bénéficient d'un traitement juste et équitable.

3. La Loi type est à dessein muette sur la nature des informations qui doivent être communiquées pour satisfaire cette exigence. Lorsqu'ils légifèreront à ce sujet, les État adoptants devront trouver l'équilibre entre le souci d'assurer la transparence et de promouvoir une procédure d'appel d'offres rigoureuse et la nécessité de prévenir la collusion et d'empêcher la divulgation d'informations commerciales sensibles. En fonction de l'enchère et compte tenu de sa complexité et d'autres facteurs, on pourrait par exemple: a) indiquer en cours d'enchères si un enchérisseur a présenté la meilleure offre ou proposé le meilleur prix; b) indiquer le meilleur prix qui a été proposé; c) indiquer à chaque enchérisseur sa position par rapport à la meilleure offre (sans lui communiquer aucune information concernant les autres offres); et d) indiquer comment toutes les offres se répartissent. En outre, l'entité adjudicatrice devrait être en mesure de voir la répartition de toutes les offres. Les États adoptants doivent être conscients du fait que, comme le montre l'expérience de certains pays, la divulgation du meilleur prix risque d'inciter les enchérisseurs à ne diminuer que de très peu le montant de leurs offres et empêcher ainsi l'entité adjudicatrice d'obtenir le meilleur résultat; cela pourrait également les inciter à soumettre des offres anormalement basses. Les risques de collusion augmentent en proportion des quantités d'informations fournies au sujet des autres offres; dans des enchères plus complexes, les fournisseurs pourraient également recalculer les offres d'autres

---

[3] Il pourra être nécessaire de préciser dans le Guide le sens de l'expression "éléments modifiables".

participants en utilisant la formule mathématique fournie. [On sait qu'il est difficile d'empêcher ces agissements; dans le même temps, assurer l'efficacité de la procédure d'appel d'offres et l'évaluation automatique des offres sans révéler des informations commercialement sensibles est également problématique.][4] Quelle que soit la décision prise par l'entité adjudicatrice en ce qui concerne le type d'information devant être divulgué pendant l'enchère, cette décision doit être prévue par les règles régissant l'enchère qui sont communiquées aux enchérisseurs potentiels avant que celle-ci ne commence. Ces dispositions complètent l'obligation, énoncée aux articles 52-1 g) and 53-1 a), de communiquer les critères et la procédure qui seront utilisés durant l'enchère, ainsi que l'obligation de fournir les résultats d'une éventuelle évaluation préalable.

4. L'alinéa b) réaffirme le principe de l'évaluation automatique des offres durant l'enchère. Comme l'alinéa d), il souligne l'importance d'éviter toute intervention humaine pendant le déroulement de l'enchère. Le dispositif d'enchère recueille électroniquement les offres, qui sont évaluées automatiquement selon les critères et les procédés divulgués dans l'avis d'enchère. Il devrait attribuer à chaque offre un identifiant qui ne compromette pas l'anonymat. Il devrait aussi y avoir un dispositif en ligne qui permette de rejeter immédiatement et de façon automatique les offres non valables, avec notification immédiate et explication des motifs du rejet[5]. Un point de contact pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques devrait être proposé aux enchérisseurs. Ce point de contact devrait être indépendant du mécanisme d'enchère [et de la procédure de passation en question][6].

5. Les paragraphes 3 et 5 de cet article réaffirment un autre principe important des enchères que prévoit la Loi type – la nécessité de préserver l'anonymat des enchérisseurs avant, pendant et après l'enchère. Le paragraphe 3 traduit ce principe en interdisant à l'entité adjudicatrice de révéler l'identité de quelque enchérisseur que ce soit pendant l'enchère. Le paragraphe 5 étend cette interdiction à la phase suivant l'enchère, y compris lorsque celle-ci est suspendue ou qu'il y est mis fin. Il faudrait donner à ces dispositions une interprétation extensive qui interdise à l'entité adjudicatrice de révéler l'identité des enchérisseurs non seulement de façon explicite mais aussi de façon indirecte, par exemple en donnant la possibilité aux autres enchérisseurs de révéler ou de déterminer cette identité. Les exploitants du système d'enchère agissant pour le compte de l'entité adjudicatrice, y compris toutes les personnes intervenant dans ce processus, ainsi que tous ceux qui y participent à un autre titre, par exemple le point de contact pour les communications urgentes concernant d'éventuels problèmes techniques, devraient être considérés de ce point de vue comme des mandataires de l'entité adjudicatrice et être soumis à la même interdiction. Il est clair cependant que, malgré les dispositions de cet article et du chapitre dans son ensemble, il peut être difficile dans la pratique de préserver l'anonymat des enchérisseurs lorsqu'il s'agit de marchés pour lesquels il existe un groupe de fournisseurs plus ou moins stable ou qui portent sur des articles similaires

---

[4] Il pourra être nécessaire de faire figurer dans le Guide des exemples de bonnes pratiques actuelles en rapport avec le texte placé entre crochets. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[5] Il pourra être nécessaire de donner des précisions dans le Guide. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

[6] Id.

et qui sont passés de façon répétée au moyen de la procédure d'enchères électroniques inversées[7].

6. Le paragraphe 4 complète les exigences formulées dans les articles 52-1 o) et 53-2 c) en ce qui concerne la nécessité de divulguer les critères régissant la clôture de l'enchère au plus tard avant la tenue de celle-ci. Ces règles, qui auront été préalablement communiquées, ne pourront pas être modifiées pendant le déroulement de l'enchère. En outre, l'enchère ne pourra en aucun cas être close avant l'expiration du délai fixé, même si aucune offre n'est faite. On observe souvent dans la pratique que les enchérisseurs commencent à faire des offres vers la fin de la procédure d'enchères. Autoriser l'entité adjudicatrice à clore l'enchère avant l'expiration du délai fixé ouvrirait la porte à des abus, par exemple en donnant la possibilité à un enchérisseur et à l'entité adjudicatrice de conclure avant l'enchère des arrangements destinés à en influencer le résultat de manière à favoriser cet enchérisseur. En revanche, rien n'interdit de prolonger le délai fixé pour la soumission des offres, pour autant que cela soit fait de façon transparente. Cela peut se révéler utile, par exemple lorsque l'enchère a dû être suspendue pour des raisons techniques (comme le prévoit le paragraphe 5 de l'article). Exiger que le règlement de l'enchère traite des critères et des procédures régissant une éventuelle prolongation du délai de soumission des offres constitue une bonne pratique.

7. Les fournisseurs peuvent se retirer d'une enchère électronique inversée avant la clôture de celle-ci. Cela ne devrait pas avoir d'incidence sur l'enchère, sauf si ce retrait est dû à des raisons qui obligent à suspendre l'enchère ou à y mettre fin conformément au paragraphe 5 de l'article (par exemple, la défaillance du système de communication de l'entité adjudicatrice). Dans tous les autres cas, l'enchère doit se poursuivre. Une fois l'enchère close, il pourra être nécessaire que l'entité adjudicatrice analyse les raisons des retraits, en particulier si ceux-ci ont été nombreux, ainsi que leur effet négatif éventuel sur le résultat de l'enchère. L'article 56 réaffirme que l'entité adjudicatrice a le droit de renoncer à passer le marché à n'importe quelle étape de la procédure de passation et complète à cet égard l'article 18-1 (pour plus de précisions concernant l'article 18 relatif à l'abandon de la passation, voir plus haut les paragraphes …).

8. Le paragraphe 5 énonce l'obligation de mettre fin à l'enchère ou de la suspendre dans les cas qui y sont visés. Outre les défaillances du système de communication de l'entité adjudicatrice qui risquent d'en compromettre le bon déroulement, d'autres raisons peuvent obliger à suspendre l'enchère ou à y mettre fin. Il ne serait pas possible que toutes ces raisons soient énumérées dans la législation relative à la passation des marchés, mais la Loi type exige qu'elles le soient dans les règles régissant la conduite de l'enchère qui doivent être communiquées en application des articles 52 et 53 selon le cas. Aucune liberté d'appréciation supplémentaire ne devrait être accordée à l'entité adjudicatrice, car l'exercice d'une telle liberté pourrait conduire à des abus et à des interventions humaines dans le processus. Bien que de telles interventions soient inévitables dans certains cas, il faut en réduire au maximum le nombre. Par exemple, les États adoptants pourraient mettre en place, dans la réglementation régissant la passation

---

[7] Il pourra être nécessaire de fournir dans le Guide des exemples de bonnes pratiques actuellement suivies pour atténuer ces risques. Le Secrétariat demande des orientations sur ce point.

des marchés, des mécanismes permettant aux entités adjudicatrices de surveiller la procédure d'enchères afin de déceler une éventuelle manipulation du marché [et d'intervenir pour empêcher une éventuelle collusion. Cela devrait toutefois aller de pair avec l'exigence que l'entité adjudicatrice soit bien renseignée sur les transactions similaires conclues dans le passé, le marché concerné et la structure de celui-ci. Les États adoptants devraient être conscients du fait qu'il peut être difficile dans la pratique de faire la distinction entre des actes justifiés et des agissements collusoires et que toute marge d'appréciation laissée dans ce domaine aux entités adjudicatrices devrait donc être soigneusement encadrée pour empêcher les abus et les interruptions injustifiées.][8]

9. Les règles régissant la conduite de l'enchère doivent également exiger que des garanties procédurales soient mises en place pour protéger les intérêts des enchérisseurs en cas de suspension ou de clôture de l'enchère, par exemple que tous les enchérisseurs soient informés immédiatement et simultanément de la suspension ou de la clôture et, en cas de suspension, de la date de réouverture de l'enchère et de la nouvelle date de clôture.

10. Contrairement à la suspension, la clôture de l'enchère risque de conduire à l'annulation de la passation du marché (les différences qu'il y a de ce point de vue entre les enchères simples et les enchères complexes sont évoquées plus haut dans le paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 54)[9].

Article 56. Exigences après l'enchère électronique inversée

1. Cet article régit les mesures qui doivent être prises après l'enchère électronique inversée, que celle-ci constitue une procédure de passation autonome ou seulement une étape d'une telle procédure. Les règles applicables sont les mêmes étant donné que, dans tous les cas, l'enchère précède l'attribution du marché. Afin d'éviter tout risque d'irrégularité, de favoritisme ou de corruption, aucune nouvelle évaluation ou négociation n'est autorisée après la tenue de l'enchère. Les résultats de l'enchère sont donc censés être les résultats définitifs de la procédure de passation. Il en résulte dans la pratique que si le dossier de sollicitation stipule que le marché doit être attribué à l'enchérisseur qui a proposé le prix le plus bas, celui-ci emporte le marché et c'est ce prix qui figure dans le contrat de marché. Lorsque le dossier de sollicitation fixe des critères financiers et non financiers pour l'attribution du marché, l'enchérisseur présentant l'offre qui se révèle la plus avantageuse[10] après application de la formule mathématique communiquée au préalable doit se voir attribuer le marché, et les conditions de l'offre retenue doivent figurer dans le contrat de marché. Les quelques exceptions que connaissent ces règles sont énoncées dans les paragraphes 2 et 3.

2. Le paragraphe 2 s'applique aux enchères simples constituant une procédure autonome (qui ne sont pas précédées par des offres initiales). En pareil cas, la

---

[8] Il faudra examiner la question de savoir si ce commentaire devrait être développé, laissé en l'état ou inséré ailleurs dans un exposé plus général concernant la collusion.

[9] Il faudra préciser les conditions dans lesquelles la clôture de l'enchère pourrait ne pas entraîner l'annulation du marché dans le cas de procédures autonomes.

[10] L'expression "offre la plus avantageuse" n'est pas expliquée dans le commentaire de l'article 56: ce point sera traité ailleurs, à moins qu'une telle explication ne soit également jugée nécessaire dans le contexte de l'article 56.

conformité et les qualifications ne sont vérifiées qu'après l'enchère, et uniquement en ce qui concerne l'offre retenue et son auteur. Cette méthode permet de gagner du temps et de réduire les coûts. Si l'offre retenue n'est pas conforme ou si son auteur n'a pas les qualifications requises, l'entité adjudicatrice a deux possibilités: annuler la procédure de passation ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre, à condition que celle-ci soit conforme et que son auteur soit qualifié. Cette approche suppose que tous les enchérisseurs répondant à l'invitation puissent fournir les produits ou services demandés en assurant à peu près le même niveau de qualité; lorsque le marché porte sur des biens ou des services simples et courants, elle ne présente guère de risques pour l'entité adjudicatrice car d'autres sources d'approvisionnement seront faciles à trouver. Cette possibilité devrait être soulignée dans les indications données aux fournisseurs qui participeront à l'enchère afin que ceux-ci ne soient pas tentés de présenter des offres irréalistes vers la fin de l'enchère.

3. Le paragraphe 3, qui s'applique à tout type d'enchère, vise le cas où l'offre à retenir paraît anormalement basse à l'entité adjudicatrice (pour l'explication de ce terme, voir le commentaire relatif à l'article 19 dans le paragraphe … plus haut). Les dispositions de ce paragraphe sont également subordonnées aux règles générales relatives à l'examen des offres anormalement basses qui sont énoncées dans l'article 19 et notamment aux mesures destinées à garantir une évaluation objective et transparente. Si toutes les conditions énoncées dans l'article 19 pour le rejet d'une offre anormalement basse sont réunies, l'entité adjudicatrice peut rejeter cette offre et soit annuler la procédure de passation, soit attribuer le marché à la deuxième meilleure offre (pour ce qui est des procédures appropriées, voir le commentaire concernant cet article). Cette exception à la règle générale exigeant que le marché soit attribué à l'offre à retenir à l'issue de l'enchère est notamment prévue pour empêcher le dumping. Les dispositions de la Loi type ont été rédigées de manière à donner le maximum de souplesse à l'entité adjudicatrice, sous réserve des mesures de protection contre les abus prévues dans l'article 19.

4. Lorsqu'elle aura à choisir entre les deux options visées aux paragraphes 2 et 3 – annuler la procédure de passation ou attribuer le marché à la deuxième meilleure offre – l'entité adjudicatrice devra évaluer les conséquences d'une annulation, et notamment déterminer s'il est possible de tenir une deuxième enchère dans le cadre de la même procédure de passation et quels seraient les coûts d'une autre méthode de passation. En particulier, il se peut que l'anonymat des enchérisseurs ait été compromis et que tout nouvel appel à la concurrence soit également aléatoire. Cependant, ce risque ne devrait pas inciter l'entité adjudicatrice à retenir systématiquement la deuxième meilleure offre, en particulier quand on pense qu'il peut y avoir collusion entre les auteurs des deux meilleures offres. Le libellé des dispositions des paragraphes 2 et 3 répond au souci d'éviter d'imposer une mesure particulière à l'entité adjudicatrice.

5. Dans l'un ou l'autre des cas visés aux paragraphes 2 et 3, des mesures doivent rapidement être prises après l'enchère, en stricte conformité avec les dispositions applicables de la Loi type, afin d'assurer que le résultat définitif puisse être déterminé dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. Ces mesures ne

devraient pas être considérées comme un moyen de compromettre la détermination automatique de l'offre à retenir[11].

C. Points concernant les enchères électroniques inversées qu'il est proposé d'examiner dans une section du Guide traitant des modifications apportées par rapport au texte de 1994 de la Loi type

Le recours aux enchères électroniques inversées a augmenté depuis l'adoption de la Loi type par la CNUDCI en 1994. Le texte de 1994 ne traitait pas des enchères traditionnelles (où les enchérisseurs sont physiquement présents), dans une large mesure en raison des pratiques collusoires constatées. Les moyens électroniques, en réduisant considérablement le coût des opérations et en permettant de préserver l'anonymat des enchérisseurs du fait que les enchères se font virtuellement et non en personne, ont facilité l'utilisation des enchères inversées. C'est pourquoi la Loi type n'autorise que les enchères en ligne comportant un processus d'évaluation automatique qui permet de protéger l'anonymat des enchérisseurs et d'assurer la confidentialité et la traçabilité des procédures. Les enchères de ce type peuvent néanmoins présenter un risque de collusion, en particulier lorsqu'elles constituent seulement une étape de la procédure de passation ou sont précédées par un examen ou une évaluation hors ligne des offres initiales.

---

[11] Le Secrétariat a besoin que des orientations lui soient données au sujet des points suivants qui ont été soulevés au sein du Groupe de travail: conséquences pratiques de chacune des options décrites dans les paragraphes 2 et 3; nature des offres (contraignante ou non contraignante et dans quelles conditions); l'application des dispositions sur le délai d'attente et le recours dans le contexte des enchères (y compris la question de savoir si ce commentaire devrait figurer sous l'article 21 et dans le chapitre VIII avec un renvoi ici, ou l'inverse).

A/CN.9/731/Add.8 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient un projet de section du Guide dont l'objet est d'examiner des questions générales découlant de l'utilisation des accords-cadres, et un projet de commentaire concernant l'article 31 sur les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre et l'article 57 du chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

...

A. Dispositions sur les accords-cadres à insérer dans la première partie du Guide, avant le commentaire par article, ou dans le commentaire par article à titre d'introduction au chapitre VII

1. Description générale des procédures d'accords-cadres

1. Les procédures d'accords-cadres sont en quelque sorte des méthodes permettant d'effectuer des achats répétés de l'objet du marché sur une certaine période, ce qui suppose:

a) La sollicitation de soumissions dans des conditions prédéterminées;

b) L'évaluation des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs et l'examen de leur soumission au regard des conditions susmentionnées et, dans le cas d'accords-cadres fermés (voir ... ci-dessous), l'évaluation de ces soumissions;

c) La conclusion d'un accord-cadre entre le ou les fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés et l'entité adjudicatrice sur la base des soumissions. L'accord-cadre énonce les conditions auxquelles doivent satisfaire les futurs achats et il est conclu pour une durée déterminée (les points a) à c) correspondent à la "première étape" de la passation); et

d) La passation ultérieure de commandes périodiques auprès du ou des fournisseurs ou entrepreneurs suivant les conditions de l'accord-cadre, lorsque surviennent des besoins particuliers (ce qui peut impliquer une remise en concurrence). (Il s'agit de la "deuxième étape de la passation", et le fait de passer

commande auprès d'un fournisseur ou d'un entrepreneur donné correspond à l'attribution du marché.)

2. Les procédures d'accords-cadres sont souvent utilisées pour l'achat d'objets dont l'entité adjudicatrice a un besoin répétitif sur une certaine période, sans connaître toutefois exactement la quantité de ces besoins, leur nature ou le moment où ils surviendront. Les achats pourraient autrement être réalisés à travers une procédure de passation unique comprenant plusieurs livraisons étalées sur la durée du marché. Pour l'essentiel, l'accord-cadre définit les conditions dans lesquelles les achats seront réalisés (ou fixe les conditions principales et le mécanisme à utiliser pour établir les autres conditions ou affiner les conditions initialement définies). Les conditions qui ne sont pas établies d'emblée ou qui doivent être affinées peuvent porter notamment sur les quantités devant être livrées à une date particulière, le moment des livraisons, la quantité totale et le prix du marché.

3. Dans la pratique, plusieurs termes sont utilisés pour définir le type de procédure décrit ci-dessus, dont arrangements en matière d'approvisionnement (supply arrangements), contrats à prestations indéterminées/quantités indéterminées (indefinite-delivery/indefinite-quantity contracts) ou marché de services à bon de commande (task-order contracts) et contrats-cadres (umbrella contracts). La mesure dans laquelle la première étape de la passation englobe tous les points énoncés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 ci-dessus varie également. Lorsqu'ils envisagent d'adopter des procédures d'accords-cadres sur leur territoire, les États adoptants devraient considérer qu'en raison de ces variables l'expérience pratique et les conseils d'autres pays ne sont peut-être pas nécessairement adaptés à leurs besoins.

2. Avantages et inconvénients potentiels constatés dans l'utilisation des procédures d'accords-cadres

4. Le principal avantage potentiel des procédures d'accords-cadres est l'efficacité administrative qui en découle en ce qu'elles permettent en fait de regrouper les passations. Dans une procédure d'accord-cadre, de nombreuses étapes du processus de passation se déroulent en une seule fois pour une opération qui normalement comprendrait une série de passations dont chacune exigerait l'application des mêmes mesures, à savoir: définir les conditions, assurer la publicité, évaluer les qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs, examiner les soumissions et, pour certains types d'accords-cadres, les évaluer. Ainsi, les achats peuvent être effectués à un plus faible coût et avec des délais de livraison plus courts que si chaque achat faisait l'objet d'une procédure de passation séparée. Les procédures d'accords-cadres ont aussi pour avantage d'accroître la transparence et la concurrence dans les marchés de faible montant, dont on considère parfois qu'ils risquent de donner lieu à des abus ou de ne pas offrir un bon rapport qualité-prix en raison des méthodes moins transparentes et moins ouvertes souvent utilisées pour leur passation. Le regroupement d'une série de marchés de faible valeur permet d'amortir les frais de publicité et d'autres dépenses et peut faciliter le contrôle exercé soit par les organismes de contrôle, soit par les fournisseurs ou les entrepreneurs eux-mêmes. Les accords-cadres peuvent également garantir la sécurité de l'approvisionnement[1] et permettent de réduire encore les coûts grâce à la

[1] Dans l'ensemble du présent projet, il est fait référence, dans ce contexte et dans d'autres contextes analogues, à la sécurité de l'approvisionnement, alors que l'article 31 du projet de loi

centralisation des achats (en d'autres termes, un service central d'une entité achète pour un certain nombre de services, ou une entité ou un consortium achète au nom de plusieurs entités).

5. Toutefois, les États adoptants devraient être conscients des inconvénients liés à l'utilisation des procédures d'accords-cadres, dont certains sont inhérents à la technique et d'autres à son usage abusif ou excessif. Par exemple, l'efficacité administrative associée à l'application de cette technique peut compromettre d'autres objectifs de la passation, dont la recherche d'un bon rapport qualité-prix, si l'entité adjudicatrice utilise un accord-cadre simplement par souci d'efficacité administrative alors que ce type d'accord est inadapté au marché considéré. Il arrive souvent, lorsqu'un accord-cadre est utilisé, que les prix ne soient plus actuels et compétitifs, car ils restent en général fixés et ne varient pas en fonction du marché. Néanmoins, l'entité adjudicatrice peut décider de passer un marché à travers un accord-cadre existant, même si les conditions ne répondent pas tout à fait à ses besoins ou ne reflètent pas vraiment la situation présente du marché, et ce, afin d'éviter d'avoir à engager une nouvelle procédure de passation (et d'avoir à définir les nouvelles conditions, à publier un avis de passation, à s'assurer des qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, à réaliser un examen et une évaluation très approfondis des soumissions initiales, etc.). De ce fait, l'entité adjudicatrice n'évalue parfois pas suffisamment le prix et la qualité lorsqu'elle passe une commande particulière et elle accorde souvent trop d'importance aux spécifications par rapport au prix. En outre, lorsque l'exécution des accords-cadres est sous-traitée à des centrales d'achat, celles-ci ont peut-être intérêt à ce que leur rémunération reste élevée en maintenant les prix à un haut niveau et en encourageant des achats qui ne sont pas strictement nécessaires à l'entité adjudicatrice. De plus, les achats centralisés à travers des accords-cadres peuvent favoriser la normalisation à l'échelle de l'État, alors que les besoins de chacun des ministères ou organismes concernés ne sont pas nécessairement identiques, de sorte que certains obtiendront un meilleur rapport qualité-prix que d'autres.

6. L'expérience montre que les accords-cadres, par rapport à des méthodes traditionnelles de passation, compromettent ou diminuent la transparence, la concurrence et le rapport qualité-prix lors de l'attribution des marchés. Étant donné que les fournisseurs ou les entrepreneurs qui ne sont pas parties à l'accord-cadre ne peuvent participer à la procédure d'attribution des marchés, la concurrence est de fait limitée à la deuxième étape. Les conséquences préjudiciables d'une concurrence amoindrie sont aggravées lorsque l'accord-cadre a pour effet de créer un marché monopolistique ou oligopolistique. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont parties à l'accord-cadre connaîtront l'identité de chacun d'eux et il pourra être difficile dans la pratique d'assurer la concurrence (et de prévenir la collusion) une fois l'accord-cadre en place. On considère également que les accords-cadres font courir un plus grand risque de voir le marché orienté vers certains fournisseurs ou entrepreneurs en raison de leurs relations avec l'entité adjudicatrice, sans qu'il soit vraiment fait appel à la concurrence entre fournisseurs ou entrepreneurs. Dans le cas de certains accords-cadres fermés, aucune concurrence ne s'exerce entre les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord: sans mécanisme transparent d'attribution lors de la deuxième étape, les risques de favoritisme et de corruption

---

type ne fait pas de la sécurité de l'approvisionnement une condition d'utilisation de la procédure d'accord-cadre.

sont beaucoup plus élevés. En outre, la possibilité d'affiner les prescriptions lors de la deuxième étape (examinée plus à fond dans les paragraphes ... ci-dessous) fait courir le risque dans la pratique que des changements soient apportés au marché sur le fond, sans que puissent s'exercer les garanties qu'offre l'ouverture du marché à une concurrence pleine et entière (à savoir entre les fournisseurs ou entrepreneurs qui ne sont pas parties à l'accord-cadre). De tels risques sont toutefois moins élevés dans les accords-cadres ouverts, lorsque de nouveaux venus peuvent participer à l'accord de façon permanente (voir ... ci-dessous).

7. C'est pourquoi les dispositions visant à autoriser le recours aux procédures d'accords-cadres dans la Loi type sont destinées à faciliter cette utilisation lorsqu'elle est appropriée et avantageuse, mais à la décourager lorsqu'elle n'est pas de nature à optimiser le rapport qualité-prix. Par exemple, ces procédures peuvent convenir pour des produits de base sur un marché très compétitif, comme des fournitures de bureau, des pièces détachées, des fournitures et des services de maintenance informatiques, qui font normalement l'objet d'achats réguliers dans des quantités variables, ainsi que pour les achats auprès de sources multiples, par exemple d'électricité, et pour les articles pouvant parfois devenir nécessaires d'urgence, comme les médicaments (lorsqu'un objectif majeur est d'éviter d'acheter des articles de mauvaise qualité à un prix excessivement élevé, ce qui peut arriver lorsqu'une source unique est sollicitée en cas d'urgence). Ces types de marché peuvent aussi impliquer la sécurité de l'approvisionnement, comme cela peut être le cas d'articles spécialisés exigeant une ligne de production spécialisée, et les accords-cadres auront leur place dans ce contexte.

8. Même si l'accord-cadre est la bonne technique pour le ou les marchés considérés, un contrôle attentif est nécessaire pour faire en sorte qu'il soit utilisé comme il convient. En termes d'efficacité administrative, une procédure en deux étapes n'offrira pas d'avantages par rapport à une procédure en une étape si l'accord-cadre n'est pas ultérieurement utilisé pour des achats répétés. C'est pourquoi les marchés complexes dont les conditions (y compris les spécifications) changent à chaque achat, comme c'est le cas des importants contrats d'investissements, des articles très techniques ou spécialisés et de la passation de marchés de services plus complexes, ne se prêteraient pas à des accords-cadres. Ces marchés n'ont pas un caractère suffisamment répétitif. Pour adapter la deuxième étape aux besoins particuliers en présence, il faudrait renouveler un grand nombre des opérations de la première étape, ce qui compromettrait l'efficacité administrative (de même que la transparence et la concurrence, comme indiqué au paragraphe ... ci-dessus). Lorsque le recours aux accords-cadres s'explique non par l'efficacité administrative mais par la sécurité de l'approvisionnement en vue d'une situation d'urgence, les coûts supplémentaires de la procédure en deux étapes doivent être évalués en fonction des autres avantages potentiels.

9. Les coûts administratifs de la procédure en deux étapes seront amortis dans le cas d'un plus grand nombre d'achats, ce qui revient à dire qu'ils le seront d'autant plus que l'accord-cadre sera utilisé. Néanmoins, pour que cette technique soit gérée efficacement, il faut que soient publiés des avis de passation à mesure que des marchés sont prévus au titre de l'accord-cadre, l'objectif étant de stimuler la réaction du marché lorsque, par exemple, la solution technique ou le produit proposé n'est plus le meilleur que le marché puisse offrir. Pour bien faire, l'entité adjudicatrice doit évaluer régulièrement si un accord-cadre continue d'assurer le

meilleur rapport qualité-prix et l'accès à ce que le marché peut offrir de mieux, et envisager la totalité des achats prévus au titre dudit accord pour déterminer si les avantages sont supérieurs au coût. Ces considérations s'appliquent en particulier dans le contexte des accords-cadres fermés.

10. Les accords-cadres dégagent des avantages économiques lorsqu'ils sont utilisés pour répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice en ce qui concerne l'objet du marché. La pratique des accords-cadres montre que le rapport qualité-prix découlant de leur utilisation est maximisé lorsque les entités adjudicatrices les utilisent pleinement pour leurs achats, au lieu d'organiser de nouvelles passations pour l'objet concerné. En cas de pleine utilisation, les fournisseurs et entrepreneurs devraient être davantage assurés de recevoir des commandes de l'entité adjudicatrice et, par conséquent, devraient proposer leurs meilleurs prix et qualité. L'indication de quantités estimatives dans le dossier de sollicitation et l'accord-cadre peut ainsi faciliter la présentation d'offres réalistes fondées sur une bonne connaissance de l'ampleur des besoins de l'entité adjudicatrice. Toutefois, il se peut que les États adoptants préconisent de ne pas appliquer l'accord-cadre comme un contrat exclusif d'achat dans des circonstances normales, car l'entité adjudicatrice ne serait alors pas en mesure d'acheter en dehors de l'accord-cadre si les conditions du marché évoluaient. (Il peut toutefois y avoir des circonstances dans lesquelles on considère que les avantages de l'exclusivité l'emportent sur ce risque.) Cette approche permet de faire en sorte que les considérations commerciales déterminent l'étendue de l'utilisation. Néanmoins, les conditions de l'accord-cadre peuvent limiter la souplesse commerciale si celui-ci fixe des quantités minimales garanties. Cette souplesse devrait toutefois être mise en balance avec l'offre de meilleurs prix par les fournisseurs ou entrepreneurs. Lorsque l'accord-cadre n'offre plus de bonnes conditions commerciales à l'entité adjudicatrice, une nouvelle procédure de passation (une procédure classique ou une nouvelle procédure d'accord-cadre) devient alors nécessaire.

11. Ainsi, correctement utilisée, cette technique peut offrir des avantages en termes de rapport qualité-prix et de sécurité de l'approvisionnement, ainsi que d'efficacité administrative. Pour que cela soit le cas, dans une situation donnée, il faudra soigneusement évaluer les coûts et les avantages de la procédure et les conditions pertinentes de l'accord-cadre lui-même.

3. L'accord-cadre

12. Conformément à la Loi type (voir l'article 2 e)), la procédure d'accord-cadre peut revêtir l'une des trois formes suivantes:

a) Une procédure d'accord-cadre "fermé" sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe toutes les conditions du marché. Les fournisseurs ou entrepreneurs ne sont donc pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. Ce type de procédure ne se distingue des procédures de passation classiques que par le fait que les articles sont achetés en lots pendant une période donnée. Ces accords-cadres sont dits "fermés" en ce sens qu'aucun nouveau fournisseur ou entrepreneur ne peut devenir partie à l'accord à compter du moment où il a été conclu;

b) Une procédure d'accord-cadre "fermé" avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs un accord-cadre qui fixe certaines des principales conditions du marché. Les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre doivent ensuite être remis en concurrence pour l'attribution du marché lors de la deuxième étape de la passation. Ces accords-cadres sont dits "fermés" dans le sens susmentionné. Ils ne peuvent être conclus qu'en présence de plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs (en théorie ils pourraient cependant être conclus avec un seul fournisseur ou entrepreneur qui serait alors invité à surenchérir sur son offre pour une commande donnée au titre de l'accord-cadre, mais la Loi type n'autorise pas une telle procédure). On estime qu'il existe un trop grand risque d'abus, notamment le risque de voir modifier les conditions de la passation et de l'accord-cadre lui-même. C'est pourquoi, également, la Loi type ne prévoit pas la possibilité, pour les fournisseurs ou entrepreneurs, d'améliorer unilatéralement leur soumission pendant l'exécution de l'accord-cadre fermé (sauf lors de la mise en concurrence de la deuxième étape);

c) Une procédure d'accord-cadre "ouvert", dans laquelle l'entité adjudicatrice conclut un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et où les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord sont mis en concurrence lors de la deuxième étape. Ces accords-cadres restent "ouverts" à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs, ce qui signifie que tout fournisseur ou entrepreneur souhaitant devenir partie à l'accord après que celui-ci a été conclu peut effectivement en devenir partie à tout moment pendant l'exécution de l'accord s'il satisfait aux prescriptions préétablies, s'agissant en particulier des qualifications attendues des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord et de la conformité de leurs soumissions indicatives. Ce type d'accord-cadre est utilisé pour des biens standard d'usage courant ou des services simples et récurrents acquis normalement sur la base du prix le plus bas. Ces accords-cadres doivent fonctionner par voie électronique, comme il est expliqué dans le commentaire concernant l'article 59 ci-dessous.

13. L'accord-cadre proprement dit énonce les conditions du marché envisagé (autres que celles devant être définies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape). L'accord lui-même devrait être complet en ce sens qu'il devrait renfermer toutes les conditions, décrire l'objet du marché (y compris les spécifications) et présenter les critères d'évaluation, d'une part, pour favoriser la participation et promouvoir la transparence et, d'autre part, en raison des restrictions imposées à la modification des conditions pendant l'exécution de l'accord-cadre (voir également le commentaire concernant les articles 57 à 62 ci-dessous).

14. En fonction des conditions des accords-cadres conclus par des entités adjudicatrices et de la loi qui les régit dans l'État adoptant, ces accords peuvent prendre la forme d'un contrat ayant force obligatoire. Néanmoins, la définition du terme "marché" en vertu de l'article 2 i) de la Loi type ne renferme pas la notion d'accord-cadre. Le marché au sens de cet article est conclu lors de la deuxième étape de la procédure, lorsque l'entité adjudicatrice attribue un marché au titre de l'accord-cadre. Techniquement, l'attribution intervient lorsque l'entité adjudicatrice adresse un avis d'acceptation, autrement dit lorsqu'elle accepte la soumission du fournisseur ou de l'entrepreneur lors de la deuxième étape conformément à l'article 21 de la Loi type.

15. Alors qu'en vertu de la Loi type l'accord-cadre ouvert doit être utilisé par voie électronique, l'entité adjudicatrice a, à ce sujet, une marge de manœuvre en ce qui concerne l'accord-cadre fermé. Les États adoptants voudront peut-être prendre note des avantages de la procédure en ligne en termes d'accroissement de l'efficacité et de la transparence (par exemple, les conditions peuvent être rendues publiques au moyen d'un hyperlien; une invitation papier à la mise en concurrence lors de la deuxième étape risque d'être peu pratique et peu facile à utiliser. Voir en outre les paragraphes ... de la première partie du Guide). Lorsque l'État adoptant exige que tous les accords-cadres soient traités par voie électronique, ou encourage une telle pratique (ou se propose de le faire), il se peut qu'il exige également, au moyen d'une réglementation, que tous les accords considérés soient centralisés, de manière à accroître encore la transparence et l'efficacité de leur utilisation.

4. Dispositions régissant l'utilisation des procédures d'accords-cadres

16. Le texte de la Loi type prévoit des dispositions régissant l'utilisation des procédures d'accords-cadres pour traiter les problèmes soulevés plus haut. Il s'agit des conditions d'utilisation de ces procédures figurant à l'article 31 et des modalités obligatoires pour mener ces procédures énoncées dans les articles 57 à 62.

17. Conformément à l'une des principales dispositions concernant les accords-cadres fermés, une entité adjudicatrice qui souhaite recourir à ce type de procédure doit suivre l'une des méthodes de passation prévue dans la Loi type pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à l'accord-cadre fermé (à savoir à la première étape). Ainsi, toutes les garanties visant la méthode de passation choisie, y compris les conditions de son utilisation, s'appliqueront. Un accord-cadre ouvert doit être établi conformément à des procédures ouvertes spécialement conçues.

18. Le dossier de sollicitation pour une procédure d'accord-cadre doit suivre les règles normales: il doit énoncer les conditions régissant la fourniture de l'objet du marché, les critères qui seront utilisés pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs à retenir et les procédures pour l'attribution des marchés au titre de l'accord. Ces informations sont requises pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de comprendre la portée de l'engagement que l'on attend d'eux et, partant, de proposer le meilleur prix et la meilleure qualité. Ainsi, l'obligation normale de communiquer préalablement toutes les conditions du marché (y compris les spécifications et le fait de savoir si les fournisseurs ou entrepreneurs seront sélectionnés en fonction de la soumission la plus basse ou de la soumission la plus avantageuse) s'applique-t-elle aussi.

19. Les dispositions régissant l'attribution de marchés en vertu d'un accord-cadre ont été définies de manière à assurer une concurrence suffisante lorsqu'une mise en concurrence de la deuxième étape est envisagée. L'application des dispositions de l'article 21, y compris en ce qui concerne le délai d'attente, garantit une transparence suffisante dans la prise de décision lors de la deuxième étape.

20. Une autre mesure de contrôle importante est énoncée dans les dispositions de la Loi type visant à limiter la durée des accords-cadres. Du fait qu'aucun marché ne peut être attribué à un fournisseur ou entrepreneur qui n'est pas partie à l'accord-cadre fermé, ce dernier a un effet potentiellement anticoncurrentiel. On estime généralement que le fait d'assurer une pleine concurrence pour les achats

envisagés périodiquement en limitant la durée de l'accord-cadre fermé et en exigeant que ces achats soient rouverts à la concurrence contribue à réduire ce risque. En vertu de l'article 58-1 a) de la Loi type, l'entité adjudicatrice doit fixer la durée maximale de l'accord-cadre fermé, qui ne peut dépasser la durée maximale qu'elle a établie dans les règlements régissant la passation des marchés (autrement dit la Loi type ne fixe pas elle-même de limite déterminée). L'expérience dans les pays qui utilisent des accords-cadres fermés montre que les avantages potentiels de cette technique sont généralement susceptibles de se concrétiser lorsque ces accords sont suffisamment longs, par exemple trois à cinq ans, pour permettre la conclusion de plusieurs marchés. Au-delà de cette durée, le risque d'effet anticoncurrentiel peut s'accroître, et il est probable que les conditions de l'accord-cadre fermé ne correspondent plus aux conditions actuelles du marché. Du fait que différents types d'objets peuvent changer plus rapidement, en particulier lorsque des évolutions techniques sont possibles, ou que les besoins de l'entité indicatrice sont susceptibles d'évoluer dans le temps, la durée optimale pour chaque marché peut être sensiblement plus courte que le maximum[2].

21. Outre la fixation de la durée maximale d'un accord-cadre fermé dans les règlements régissant la passation des marchés, les États adoptants sont ainsi encouragés à donner des orientations sur la durée optimale des accords-cadres fermés pour certains marchés et ils souhaiteront peut-être également engager les entités adjudicatrices à évaluer elles-mêmes périodiquement, pendant la durée de l'accord-cadre, si les conditions de ce dernier sont toujours d'actualité.

22. En raison de l'effet moins anticoncurrentiel de l'accord-cadre ouvert, la durée de ce type d'accord est laissée à l'appréciation de l'entité adjudicatrice sans qu'une limite maximale soit imposée par les règlements régissant la passation (voir art. 60-1 a)).

23. La CNUDCI s'est gardée toutefois de limiter l'utilité des accords-cadres et leur efficacité administrative en évitant de formuler des conditions d'utilisation trop nombreuses ou trop de procédures rigides. Les deux étapes de la procédure d'accord-cadre peuvent faire l'objet des mécanismes de contestation et d'appel prévus au chapitre VIII de la Loi type.

B. Dispositions sur les accords-cadres à insérer dans le commentaire par article

Article 31. Conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre

1. L'objet de cet article est d'énoncer les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre (par. 1) et l'obligation de justifier le recours à cette procédure et d'indiquer dans le procès-verbal les raisons invoquées à cette fin (par. 2).

---

[2] Il est demandé de fournir au Secrétariat des indications sur la réduction des risques liés aux accords-cadres de durée excessive suite à leur prolongation au-delà de la durée initialement fixée ou à des dérogations à cette durée. À la treizième session du Groupe de travail, il a été noté que, dans le contexte des accords-cadres, les litiges relatifs à la passation des marchés portaient relativement souvent sur la prolongation d'un accord au-delà de la durée autorisée, ou sur les dérogations à cette durée (A/CN.9/648, par. 43).

2. Le paragraphe 1 énumère les conditions d'utilisation d'une procédure d'accord-cadre, indépendamment du fait de savoir si la procédure donnera lieu à un accord-cadre fermé ou ouvert. Les conditions se fondent sur l'idée selon laquelle la procédure d'accord-cadre peut offrir des avantages dans le contexte de la passation, notamment en termes d'efficacité administrative, lorsque l'entité adjudicatrice a des besoins susceptibles de se manifester de court à moyen terme, mais que toutes les conditions ne peuvent pas être définies dès le début de la passation. (Pour une description des avantages, voir les paragraphes ... ci-dessus.) Le paragraphe 1 autorise l'utilisation de la procédure d'accord-cadre pour tenir compte de deux situations où ces circonstances peuvent se présenter: premièrement lorsque l'objet du marché est présumé être nécessaire de manière "indéterminée", ce qui signifie que la fréquence, l'ampleur, le moment et/ou la quantité ne sont pas connus et, deuxièmement, lorsque l'objet du marché peut être nécessaire de façon urgente. Les circonstances visées dans le premier cas peuvent se présenter pour des achats répétés d'articles ou de services relativement standard (fournitures de bureau, services simples comme le gardiennage, contrats de maintenance, etc.). Les circonstances visées dans le deuxième cas peuvent se présenter lorsqu'un organisme public doit prendre des mesures face à une catastrophe naturelle, à une pandémie ou à d'autres risques connus; normalement, cette condition s'ajoute à la première, mais cela n'est pas nécessaire. La sécurité de l'approvisionnement est habituellement un sujet de préoccupation dans ce type de situation, mais elle peut aussi le devenir dans le premier type de situation lorsque le besoin indéterminé d'achats répétés d'articles exigeant une production spécialisée se manifeste[3]. (Voir l'examen général consacré aux types de passation qui peuvent se prêter à des accords-cadres dans les paragraphes ... ci-dessus.) Lorsque la procédure donne lieu à un accord-cadre fermé, les conditions d'utilisation applicables à la méthode de passation qu'il est prévu d'utiliser pour attribuer l'accord doivent également être satisfaites. La raison en est que, conformément à l'article 57-1 de la Loi type, un accord-cadre fermé doit être attribué en recourant à une procédure d'appel d'offres ouvert, à moins que d'autres méthodes de passation ne soient justifiées en vertu du chapitre II de la Loi type.

3. Les conditions particulières régissant l'utilisation des procédures d'accords-cadres sont beaucoup plus souples que celles régissant l'utilisation des méthodes de passation énumérées à l'article 26-1: l'entité adjudicatrice est tenue non pas d'indiquer une fois pour toute que les besoins se manifesteront de façon indéterminée ou urgente, mais simplement qu'ils sont susceptibles de se manifester. Du fait de la subjectivité inhérente à ces conditions, il est plus difficile de les faire respecter que de faire respecter les conditions d'utilisation des méthodes de passation énumérée à l'article 26-1, mais il sera possible d'évaluer objectivement si les décisions prises sont raisonnables dans le cas d'un accord-cadre donné. Ainsi, ces conditions favorisent l'obligation de rendre compte et encouragent des pratiques optimales.

4. Comme noté plus haut (par. ...), le coût de la mise en place et de l'application d'une procédure d'accord-cadre, qui comporte deux étapes, sera normalement plus élevé que celui afférent à une procédure de passation en une seule étape. Ainsi, pour

---

[3] Comme noté plus haut, la sécurité de l'approvisionnement ne peut être invoquée pour recourir à la procédure d'accord-cadre, sauf si l'une des conditions particulières d'utilisation énumérées à l'article 31 est également satisfaite (à savoir un besoin indéterminé ou urgent au cours d'une période donnée).

savoir si une procédure d'accord-cadre conviendra dans une situation donnée faudra-t-il déterminer si les avantages potentiels sont supérieurs à ce coût. Lorsque le besoin est présumé indéterminé, les dépenses administratives à engager pour mettre en place et exécuter l'accord-cadre peuvent être amorties à travers une série d'achats; lorsque le besoin est présumé urgent, il faut mettre en balance les dépenses administratives et les avantages économiques que les conditions de passation précédemment fixées pourraient apporter par rapport aux procédures disponibles pour les marchés à conclure d'urgence. L'entité adjudicatrice doit donc réaliser une analyse coûts-avantages fondée sur des probabilités avant d'engager une procédure d'accord-cadre, et les États adoptants voudront peut-être fournir des orientations et dispenser une formation pour faire en sorte que l'entité adjudicatrice dispose des moyens voulus à cette fin. Ces considérations s'appliquent en particulier dans le contexte des accords-cadres fermés.

5. En outre, l'utilisation de l'accord-cadre ne devrait pas être considérée comme une solution de substitution à une planification efficace des marchés. Dans le contexte d'un accord-cadre fermé en particulier, sauf dans le cas où des estimations réalistes du marché final ont pu être établies et publiées dès le début de la procédure, les fournisseurs potentiels ne seront pas encouragés à soumettre leur meilleur prix lors de la première étape, ce qui signifie qu'un accord-cadre fermé risque de ne pas apporter les avantages escomptés ou que des considérations de prix et ou/de qualité de nature à compromettre le rapport qualité-prix risquent de l'emporter sur l'efficacité administrative.

6. Une autre raison justifiant l'insertion de conditions d'utilisation est qu'il faut tenir compte de l'éventuelle restriction de la concurrence que suppose l'emploi de cette technique, en particulier l'accord-cadre fermé (voir ... ci-dessus). Dans ce contexte, il convient également de mentionner la durée limitée prévue pour les accords-cadres fermés à l'article 58-1 a), et la durée définie prescrite à l'article 60-1 a), qui impliquent que l'objet du marché soit rouvert à une pleine concurrence à l'expiration de l'accord.

7. Les conditions d'utilisation devraient être lues compte tenu de la définition du terme "entité adjudicatrice", qui autorise plusieurs acheteurs à utiliser l'accord-cadre. Si l'État adoptant souhaite que des centrales d'achat puissent jouer le rôle d'intermédiaire pour une ou plusieurs entités adjudicatrices, de manière à obtenir les économies d'échelle qu'un achat centralisé peut offrir, il voudra peut-être adopter une réglementation ou publier des instructions pour faire en sorte que de tels arrangements puissent être appliqués dans la transparence et avec efficacité.

8. Conformément au paragraphe 2, l'entité adjudicatrice est tenue de justifier dans le procès-verbal le recours à la procédure d'accord-cadre. L'intention est de lui faire consigner l'analyse coûts-avantages mentionnée dans les paragraphes précédents. Dans le cas de l'attribution d'un accord-cadre fermé, ce paragraphe est complété par le paragraphe 3 de l'article 27 de la Loi type selon lequel l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer dans le procès-verbal les raisons et circonstances sur lesquelles elle s'est fondée pour justifier le recours à une méthode de passation autre que l'appel d'offres ouvert pour attribuer l'accord. Compte tenu du risque susmentionné de recours excessif aux accords-cadres en raison de leur efficacité administrative supposée (voir par. ... ci-dessus), et du caractère général des conditions régissant leur utilisation, il importera d'effectuer en temps voulu un contrôle approprié de la justification énoncée dans le procès-verbal (cela également

pour que les fournisseurs et entrepreneurs puissent plus facilement élever une contestation au sujet du recours à la procédure d'accord-cadre). Pour que le contrôle soit efficace, il faudra examiner de très près l'ampleur des achats réalisés dans le cadre de l'accord-cadre afin de recenser les cas d'utilisation excessive ou de sous-utilisation, comme indiqué ci-dessus (voir ...).

Article 57. Attribution d'un accord-cadre fermé

1. Cet article a pour objet de fixer des règles régissant l'attribution d'un accord-cadre fermé. Ces dispositions s'appliquent aussi bien à la procédure d'accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape qu'à la procédure d'accord-cadre sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, les deux, comme il est expliqué ci-dessus (...), pouvant conduire à l'attribution d'un accord-cadre fermé.

2. En mentionnant dans son alinéa b) le chapitre II de la Loi type, le paragraphe 1 impose à l'entité adjudicatrice de se conformer aux dispositions de ce chapitre lorsqu'elle choisit la méthode de passation appropriée pour l'attribution d'un accord-cadre fermé, et la procédure applicable à la méthode de passation choisie. Ni les conditions d'utilisation, ni les dispositions de ce paragraphe ne restreignent les méthodes de passation qui peuvent être utilisées pour attribuer l'accord-cadre fermé, à la condition, toutefois, que le recours à une procédure d'appel d'offres ouvert soit envisagé en premier lieu et que le recours à une autre méthode de passation soit justifié. Ce choix doit tenir compte à la fois des circonstances qui entourent la passation du ou des marchés concernés et de la nécessité d'assurer la plus grande concurrence possible, comme le prévoit l'article 27. Toutefois, vu qu'il importe que s'exerce une concurrence rigoureuse lors de la première étape des accords-cadres fermés, il convient de suivre de très près l'application des exceptions à l'appel d'offres ouvert, compte tenu en particulier des risques d'entrave à la concurrence dans les procédures d'accords-cadres et des types d'achat pour lesquels les accords-cadres sont appropriés (voir à ce sujet ... et ...).

3. Parmi les exemples de circonstances dans lesquelles les méthodes de passation autres que l'appel d'offres ouvert peuvent convenir, il convient de citer le recours aux accords-cadres en vue d'assurer la fourniture rapide et rentable soit d'articles bon marché, commandés de manière récurrente et urgente, tels que les services de maintenance ou de nettoyage (pour lesquels des procédures d'appel d'offres ouvert pourraient ne pas être financièrement intéressantes), soit d'articles spécialisés tels que les médicaments, les fournitures énergétiques et les manuels scolaires, pour lesquels la procédure en question peut protéger les sources d'approvisionnement sur des marchés limités. Le recours aux négociations avec appel à la concurrence ou à la sollicitation d'une source unique peut convenir pour l'attribution d'un contrat-cadre fermé dans les situations d'urgence. Si l'entité adjudicatrice n'est pas en mesure d'établir les spécifications ou de définir les principales conditions du marché dès le début de la procédure, comme c'est le cas des marchés de services ou de travaux plus complexes, les accords-cadres risquent d'être moins appropriés car les incertitudes en présence peuvent réduire la participation. Cela étant, on relève dans la pratique des exemples d'accords-cadres réussis, conclus suite à des demandes de

propositions fondées sur le dialogue[4]. (Voir les instructions sur les conditions d'utilisation des méthodes de passation...). [Les décisions connexes relatives au recours à une procédure d'accord-cadre donnée, ainsi que le choix de la méthode de passation et du type de sollicitation, qui supposent une certaine marge de discrétion et exigent des capacités appropriées, revêtent une telle importance que les instructions et les règlements tendant à améliorer la prise de décision contribueront de manière déterminante à étoffer les avantages potentiels de cette technique.]

4. Le paragraphe 1 prévoit également, selon que de besoin, des dérogations à la procédure de la méthode de passation choisie pour tenir compte de la procédure d'accord-cadre, de sorte que les références aux "offres" ou autres types de soumission doivent être interprétées comme des références aux offres ou soumissions "initiales" quand est prévue une mise en concurrence de la deuxième étape impliquant des offres ou soumissions de la deuxième étape, et les références à la sélection du fournisseur ou de l'entrepreneur à retenir ainsi qu'à la conclusion d'un marché doivent être interprétées comme des références à l'admission du ou des fournisseurs ou entrepreneurs à participer à l'accord-cadre, ainsi qu'à la conclusion de cet accord. Les États adoptants voudront peut-être donner des orientations sur les éventuelles dérogations, en faisant observer que leur ampleur variera d'un cas à l'autre en raison de la souplesse qu'exige la prise en compte des accords-cadres fermés avec ou sans mise en concurrence lors de la deuxième étape et avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs parties.

5. Le paragraphe 2 récapitule les informations qui devraient être communiquées lorsque la participation des fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure d'accord-cadre est sollicitée. Le dossier de sollicitation doit suivre les règles normalement établies pour la méthode de passation choisie. Autrement dit, il doit énoncer les conditions dans lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs fourniront l'objet du marché et les procédures d'attribution du marché (qui sera exécuté au titre de l'accord-cadre)[5]. Du fait que les procédures d'accords-cadres comportent deux étapes qui débouchent sur l'attribution du ou des marchés, les informations communiquées aux fournisseurs ou entrepreneurs potentiels au début des procédures doivent porter sur ces deux étapes. Ainsi, les dispositions s'appliquent-elles aux informations correspondant à chacune des deux étapes, étant entendu que certaines conditions de la passation, qui figurent dans le dossier de sollicitation dans les procédures de passation "classiques", seront affinées ou établies lors de la deuxième étape de la procédure.

6. Il est indiqué dans le chapeau du paragraphe 2 que les informations habituelles relatives à la sollicitation doivent s'appliquer intégralement "*mutatis mutandis*" ce qui signifie qu'elles doivent être adaptées aux particularités d'une procédure d'accord-cadre donnée. Ces informations doivent être rappelées dans l'accord-cadre lui-même ou, si cela est possible et propice à l'efficacité administrative, et si le système juridique du pays considère les annexes comme faisant partie intégrante d'un document, le dossier de sollicitation peut être annexé à l'accord-cadre.

---

[4] Il s'agit là des conclusions de consultations tenues avec des experts. Il est demandé de fournir au Secrétariat des indications concernant certains exemples.

[5] Il sera peut-être nécessaire de modifier ces instructions pour tenir compte de certains détails de la demande de proposition avec dialogue, si l'on estime que cette méthode est applicable pour l'attribution des accords-cadres. Voir les préoccupations exprimées au paragraphe 3 et la note de bas de page correspondante.

7. Les dérogations à l'obligation de fournir des informations exhaustives sur les conditions du marché au moment de la sollicitation de participation à la procédure d'accord-cadre ne sont autorisées que dans la mesure où elles sont nécessaires pour répondre aux besoins du marché concerné. Par exemple, il est peu probable que l'entité adjudicatrice puisse satisfaire à l'obligation formulée à l'article 38 d) selon laquelle le dossier de sollicitation doit comporter les renseignements suivants: "la quantité de biens; les services à exécuter; le lieu où les biens doivent être livrés, les travaux effectués ou les services fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la livraison des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services". Toutefois, la portée de la dérogation nécessaire peut varier. Ainsi, l'entité adjudicatrice peut connaître la date de chacun des achats prévus, mais non les quantités, ou inversement; ou encore, elle peut connaître la quantité totale mais non la date des achats; enfin, il se peut qu'elle dispose de toutes les informations voulues sur ces différentes questions ou n'en sache rien.

8. Les renseignements qui doivent normalement être fournis au moment de la sollicitation de participation à une procédure de passation en une étape et qui seront omis dans une procédure d'accord-cadre varieront d'une procédure à l'autre. Toute omission outrepassant les dérogations autorisées pourra faire l'objet d'une contestation. De ce fait, si des renseignements sur la quantité totale et la livraison des achats envisagés au titre de l'accord-cadre sont connus lors de la première étape de la passation, ils doivent être mentionnés. Si la quantité totale n'est pas connue lors de la première étape de la passation, il faut indiquer les quantités minimales et maximales des achats envisagés au titre de l'accord-cadre, pour autant qu'elles soient connues, ou à défaut des estimations.

9. Conformément au paragraphe 2 b), il importe de préciser si l'accord sera conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur ou plusieurs. L'efficacité administrative des accords-cadres tend à montrer que les accords conclus avec plusieurs fournisseurs conviennent bien le plus souvent. Cela étant, selon la nature du marché en cause, un accord-cadre conclu avec un fournisseur unique peut aussi offrir des avantages (par exemple, lorsque la confidentialité ou la sécurité de l'approvisionnement est une considération importante, ou lorsqu'il n'existe qu'un seul fournisseur ou entrepreneur sur le marché).

10. Aucune disposition ne prescrit un nombre minimal ou maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à un accord-cadre. Un nombre minimal peut convenir pour assurer la sécurité de l'approvisionnement. Lorsqu'une mise en concurrence de la deuxième étape est envisagée, il faut qu'il y ait un nombre suffisant de fournisseurs ou d'entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence et les conditions de la sollicitation peuvent prescrire un nombre minimal ou un nombre suffisant pour garantir une telle concurrence. Si le minimum requis n'est pas atteint, l'entité adjudicatrice peut/doit annuler la procédure de passation en se fondant sur les dispositions de l'article 18[6].

11. Un nombre maximal peut également être justifié lorsque l'entité adjudicatrice prévoit que les fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés qui présenteront des

---

[6] Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur les conséquences de l'impossibilité d'atteindre le nombre minimal requis, par exemple lorsqu'il est prévu de mettre en place un accord-cadre à fournisseurs multiples, mais qu'un seul fournisseur ou entrepreneur est qualifié et présente une offre conforme.

soumissions conformes seront plus nombreux que ce qu'il est possible d'accepter. Cette situation peut illustrer la capacité administrative de l'entité adjudicatrice, en ce sens notamment qu'un plus grand nombre de participants risque de faire obstacle à l'efficacité administrative de la procédure. Une autre raison de limiter le nombre de participants est de faire en sorte que chacun ait une réelle possibilité de se voir attribuer un marché dans le contexte de l'accord-cadre, et de l'encourager à fixer le prix de son offre et à offrir la meilleure qualité possible en conséquence.

12. Lorsqu'un nombre minimal et/ou maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs est imposé, le nombre correspondant doit être indiqué dans le dossier de sollicitation. Pour bien faire, le procès-verbal de la procédure de passation devrait renfermer une justification de la ou des décisions de l'entité adjudicatrice, l'indication de ces informations étant un exemple des informations complémentaires que l'État adoptant peut vouloir inclure à l'article 24-1, ou dans les règlements pertinents mentionnés à l'article 24-1 w). Lorsqu'un nombre maximal est fixé, les critères et procédures de sélection des participants devraient consister à recenser le nombre pertinent de soumissions les plus basses ou les plus avantageuses. Pour ce faire, il faut établir un classement pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviendront parties à l'accord-cadre. S'il peut être facile, comme on l'a constaté, d'établir un nombre maximal du point de vue administratif, le fait de fixer préalablement un nombre strictement défini peut être à l'origine de contestation de la part de ceux dont les soumissions viennent juste après celles des fournisseurs ou entrepreneurs retenus (à savoir lorsqu'il y a très peu de différences entre les offres des fournisseurs ou entrepreneurs retenus et les offres de ceux qui ne le sont pas). Il a été dit qu'un nombre situé dans une fourchette bien définie pourrait offrir une bonne solution de remplacement, à condition que son objectif soit clairement énoncé dans le dossier de sollicitation.

13. Conformément au paragraphe 2 d), la forme et les conditions de l'accord-cadre, y compris, par exemple, s'il est prévu de procéder à une mise en concurrence de la deuxième étape et de définir des critères d'évaluation pour cette étape, doivent être indiquées dans le dossier de sollicitation. Ces dispositions relatives à la transparence renvoient à une application du principe général de la Loi type, selon lequel toutes les conditions de la passation doivent être préalablement déterminées, comme il ressort également des dispositions du chapeau du paragraphe 2 (voir par. ... ci-dessus).

14. Aucune dérogation n'est prévue au sujet des qualifications et des critères d'évaluation ou des modalités de leur application, qu'il s'agisse de l'admission à participer à l'accord-cadre ou d'une mise en concurrence de la deuxième étape, étant entendu toutefois que les critères d'évaluation à appliquer lors de la deuxième étape peuvent varier dans une fourchette prédéterminée, comme il est expliqué dans le commentaire concernant l'article 58-1 d) ci-dessous. Si cette marge de manœuvre est mise à profit, la fourchette retenue doit être précisée dans le dossier de sollicitation.

15. Un des aspects de la sélection qui est plus complexe dans les accords-cadres que dans les méthodes de passation traditionnelles est le coefficient de pondération à attribuer, le cas échéant, dans les critères de sélection pour les deux étapes de la passation. En ce qui concerne notamment les achats centralisés effectués sur une longue période, le fait de permettre à l'entité adjudicatrice de déterminer ces coefficients et leur utilité précise uniquement lors de chaque achat (autrement dit au

moment de la deuxième étape) peut présenter des avantages en termes de rapport qualité-prix et d'efficacité administrative. D'un autre côté, les considérations de transparence, l'objectivité du processus et la nécessité d'éviter de modifier les critères de sélection durant une passation sont des éléments essentiels de la Loi type destinés à prévenir toute manipulation abusive de ces critères et tout recours à des critères vagues et généraux pour favoriser certains fournisseurs ou entrepreneurs. En permettant de modifier les coefficients de pondération pendant la durée d'un accord-cadre, on risque de faciliter les modifications opaques ou abusives des critères de sélection. La Loi type tente de tenir compte de ces objectifs concurrents en prévoyant la possibilité de faire varier les coefficients de pondération lors de la deuxième étape dans une fourchette ou grille préétablie dans l'accord-cadre et donc également dans le dossier de sollicitation, à condition que cette variation n'entraîne pas une modification de la description de l'objet du marché (voir art. 62).

16. On trouvera dans le commentaire concernant l'article 58 ci-dessous d'autres indications sur la forme et les conditions de l'accord-cadre.

17. Le paragraphe 3 précise que les dispositions de l'article 21 relatif à l'acceptation de la soumission à retenir et à l'entrée en vigueur du marché s'appliquent à l'attribution d'un accord-cadre fermé, adaptées selon que de besoin à la procédure de l'accord-cadre (le commentaire concernant l'article 21 figure dans ... ci-dessus). Cette disposition est nécessaire car l'article 21 porte sur la conclusion d'un marché et, comme il ressort clairement de la définition de l'accord-cadre et des procédures pertinentes à l'article 2, l'accord-cadre proprement dit n'est pas un marché (voir également les paragraphes ... ci-dessus).

18. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviendront parties à l'accord-cadre sont choisis en fonction des critères énoncés dans le dossier de sollicitation, à savoir en fonction de la soumission la plus basse ou la plus avantageuse. La sélection se fonde sur un examen exhaustif des soumissions initiales (lorsqu'une mise en concurrence de la deuxième étape est prévue) ou des soumissions (lorsqu'il n'y a pas de mise en concurrence de la deuxième étape), et sur l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs. Les soumissions conformes sont ensuite évaluées sur la base des critères d'évaluation mentionnés dans le dossier de sollicitation et compte tenu, le cas échéant, du nombre minimal ou maximal de fournisseurs ou entrepreneurs parties préalablement fixé dans le dossier de sollicitation[7].

19. Par la suite, les dispositions relatives à l'avis et le délai d'attente prévus à l'article 21 s'appliquent à la procédure à travers un renvoi au paragraphe 3 (les dérogations envisagées au sujet du délai d'attente en vertu de l'article 21-3 ne s'appliquent pas ou ont très peu de chances de s'appliquer à l'attribution d'un accord-cadre fermé). L'attribution de l'accord-cadre fermé peut également être subordonnée à une approbation externe. Lorsque les accords-cadres sont utilisés par plusieurs ministères et organismes publics, des mécanismes de contrôle *ex ante* de

---

[7] S'agissant du paragraphe 2 c) de l'article 57 de la Loi type, il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur le point de savoir si un nombre maximal doit toujours être indiqué dans un accord-cadre fermé (selon le libellé actuel, l'entité adjudicatrice a la possibilité d'établir un nombre maximal ou minimal). Autrement, tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions conformes devraient être acceptés et il n'y aurait pas d'évaluation lors de la première étape. Ainsi, n'y aurait-il pas de différence entre un accord-cadre ouvert et un accord-cadre fermé à fournisseurs multiples.

ce type pourraient être appropriés. Dans ce cas, un libellé supplémentaire peut être ajouté au paragraphe 3 ou ailleurs dans l'article 57 ou dans les textes d'application, sur la base du libellé facultatif énoncé à l'article 29-2.

20. Afin de prévenir la crainte que les mécanismes de publicité normaux prévus dans les systèmes de passation ne puissent s'appliquer aux accords-cadres (car il ne s'agit pas de marchés à proprement parler) ni à certains marchés attribués au titre de ces accords (s'ils sont en dessous du seuil à partir duquel une publicité est exigée), l'article 22 de la Loi type exige la publication d'un avis lorsqu'un accord-cadre fermé est attribué de la même manière qu'un marché (l'article 22 s'applique également dans son intégralité aux marchés conclus en vertu d'un accord-cadre).

21. Comme il ressort clairement de la définition de l'accord-cadre et des procédures pertinentes à l'article 2, l'accord-cadre n'est pas un marché tel que le définit la Loi type, mais il peut être un contrat exécutoire dans les États adoptants. Les États voudront donc peut-être publier des orientations sur les incidences découlant du fait de lier les pouvoirs publics pendant la première étape de la procédure. Les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs peuvent avoir force obligatoire en vertu de la loi de l'État adoptant. Dans un accord-cadre fermé sans mise en concurrence lors de la deuxième étape, les conditions du marché sont énoncées et les soumissions de la première étape sont exécutoires comme c'est le cas normalement. S'il y a une mise en concurrence lors de la deuxième étape, toutefois, les États voudront peut-être donner des orientations afin de définir clairement dans quelle mesure les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent modifier, lors de cette deuxième étape, leurs soumissions (initiales) établies pour la première étape, quand le résultat est moins favorable pour l'entité adjudicatrice (moyennant, par exemple, une majoration du prix si les conditions du marché évoluent).

22. De façon plus générale, la mesure dans laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent améliorer leurs soumissions n'est pas traitée dans la Loi type. Les États adoptants recommanderont peut-être que les entités adjudicatrices définissent des dispositions particulières dans les accords-cadres ou abordent la question à travers une réglementation particulière, ou encore recourent simultanément à ces deux approches, tout en veillant à préserver un traitement équitable. Par exemple, il peut être nécessaire d'autoriser les fournisseurs ou entrepreneurs à améliorer leurs soumissions au titre des accords-cadres sans mise en concurrence lors de la deuxième étape ou, si d'importantes modifications sont proposées, de rouvrir le marché à une pleine concurrence en utilisant la méthode de passation la plus appropriée en l'espèce. Dans le cas d'une mise en concurrence de la deuxième étape, il peut suffire de donner notification de l'offre révisée aux autres fournisseurs ou entrepreneurs parties[8].

---

[8] Il est demandé de fournir au Secrétariat des orientations sur les points soulevés dans ce paragraphe qui n'ont pas été examinés par le Groupe de travail.

A/CN.9/731/Add.9 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

ADDITIF

Le présent additif contient une proposition concernant le commentaire du Guide qui accompagnera les articles 58 à 62 du chapitre VII (Procédures d'accords-cadres) de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Il expose également les points concernant les procédures d'accords-cadres qu'il est proposé d'examiner dans une section du Guide traitant des modifications apportées par rapport au texte de 1994 de la Loi type.

GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

...

B. Dispositions sur les accords-cadres à insérer dans le commentaire par article (*suite*)

Article 58. Prescriptions concernant les accords-cadres fermés

1. Cet article énonce les conditions régissant l'accord-cadre fermé et l'attribution de marchés sur le fondement de cet accord. Étant donné que certaines conditions de la passation de marché ne sont pas fixées au début de la procédure d'accord-cadre (contrairement à la passation de marché "traditionnelle"), on a jugé bon d'exiger qu'elles figurent dans l'accord-cadre lui-même, afin qu'elles soient connues et cohérentes tout au long de la procédure. L'accord-cadre contiendra en particulier les conditions qui s'appliqueront à la deuxième étape de la procédure et indiquera notamment comment seront fixées les conditions qui n'ont pas été établies à la première étape. Ces informations étant importantes pour favoriser la participation et la transparence, elles doivent aussi être divulguées dans le dossier de sollicitation visé à l'article 57.

2. La loi de l'État adoptant traitera les questions telles que le caractère obligatoire de l'accord en droit des contrats. Ces questions ne sont donc pas visées par la Loi type.

3. Les dispositions du chapeau du paragraphe 1 exigent que l'accord-cadre soit sous forme écrite de sorte que les conditions soient clairement énoncées pour toutes les parties. Elles sont complétées par le paragraphe 2 qui autorise, dans certaines conditions, l'entité adjudicatrice à conclure un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie (voir également le paragraphe ... ci-dessous).

4. L'alinéa a) du paragraphe 1 limite la durée de tous les accords-cadres fermés; on considère que l'effet potentiellement anticoncurrentiel de ces accords augmente

proportionnellement à leur durée. En outre, l'établissement d'une durée maximale aide à prévenir les tentatives de justification d'accords-cadres excessivement longs. Cependant, des durées plus longues peuvent accroître l'efficacité administrative des accords-cadres. La CNUDCI considère qu'il n'y a pas une seule durée maximale appropriée compte tenu du fait que les circonstances administratives et commerciales diffèrent dans chaque État. L'État adoptant est donc invité à fixer la limite appropriée dans ses règlements en matière de passation des marchés. Il importe de noter que la limite est la durée maximale, et non pas la durée moyenne ou appropriée. Cette dernière peut varier à mesure que la situation sur le marché change et devrait, en tout cas, tenir compte de la nature de la passation concernée, des questions financières telles que les crédits budgétaires, et des différences régionales ou de développement au sein des États ou entre eux. Étant donné que les accords-cadres devront être financièrement intéressants et qu'une pleine concurrence devra être assurée périodiquement, et sur la base de la pratique examinée par la CNUDCI, la fourchette appropriée pour la durée maximale pourrait être de 3 à 5 ans. Les États adoptants peuvent aussi considérer que des durées différentes pourraient convenir pour différents types de passations de marchés et que, pour certains articles susceptibles de connaître des changements importants, cette durée peut se mesurer en mois. Les règlements peuvent prévoir des durées plus courtes, dans le cadre du maximum légal indiqué à l'article 58; dans ce cas, des orientations claires doivent être données aux entités adjudicatrices pour s'assurer qu'elles consultent la bonne source[1]. Ces orientations devraient également porter sur les limites de la durée des accords-cadres liées à des facteurs externes (telles que les exigences relatives au budget de l'État).

5. La Loi type ne prévoit pas la possibilité de prolonger des accords-cadres conclus ni de déroger à la durée maximale prescrite, car une telle possibilité irait à l'encontre de l'objectif du régime envisagé par ses dispositions. Si les États adoptants souhaitent autoriser des prolongations dans des circonstances exceptionnelles, des règlements ou des orientations clairs seront nécessaires pour limiter leur durée et leur portée. Par exemple, de nouvelles passations ne sont pas forcément justifiées en cas de catastrophe naturelle ou de sources d'approvisionnement restreintes, lorsque le public pourrait bénéficier des conditions de l'accord-cadre existant. Les orientations devraient également traiter le problème de la passation, peu de temps avant l'expiration de l'accord-cadre, d'une commande ou d'un marché sur une durée ou un volume important, non seulement pour éviter les abus, mais aussi pour empêcher que les entités adjudicatrices n'achètent des articles obsolètes ou excessivement chers. Si les fournisseurs ou entrepreneurs considèrent que les entités adjudicatrices utilisent des accords-cadres en dehors des limites prévues, leur participation future pourrait aussi être compromise. L'efficacité de cette technique à long terme dépendra de la viabilité commerciale des conditions pour les deux parties à l'accord.

6. L'alinéa b) du paragraphe 1 exige que les conditions de la passation de marché soient consignées dans l'accord-cadre (elles devront l'être également dans le dossier de sollicitation conformément à l'article 57). Ces conditions comprennent la description de l'objet du marché, qui doit satisfaire aux exigences de l'article 10, et les critères d'évaluation. Lorsque l'objet du marché est très technique, une approche

---

[1] Le Secrétariat demande des orientations de manière à avoir plus d'informations sur ce point pour les insérer dans le Guide, si nécessaire.

excessivement étroite de la rédaction de la description et le recours à des spécifications techniques détaillées peuvent limiter l'utilisation de l'accord-cadre. En revanche, une description fonctionnelle peut accroître l'efficacité de la procédure en permettant de développer et de modifier les solutions techniques de manière à répondre au besoin précis de l'entité au moment de la passation du marché. L'entité adjudicatrice doit veiller à ce que la description soit aussi exacte que possible à la fois à des fins de transparence et pour encourager la participation à la procédure, et les États adoptants souhaiteront peut-être fournir des orientations pour faciliter ce processus. S'agissant des orientations sur les critères d'évaluation dans les procédures d'accords-cadres, voir les paragraphes ... ci-dessous.

7. L'alinéa c) du paragraphe 1 exige que l'accord-cadre comporte des estimations des conditions qui ne peuvent pas être établies de façon suffisamment précise au début de la procédure. Il s'agit généralement de conditions qui doivent être précisées ou établies lors de la mise en concurrence de la deuxième étape, telles que le moment, la fréquence et les quantités des achats prévus, ainsi que le prix du marché. Ces estimations doivent être mentionnées dans la mesure où elles sont connues (voir par. ... ci-dessus). Le fait de fournir les meilleures estimations disponibles, lorsque des engagements fermes ne sont pas possibles, encouragera également la participation. Il convient naturellement de consigner aussi les limites des estimations, ou d'indiquer qu'il n'est pas possible de fournir des estimations exactes (dans le cas de marchés à conclure dans les situations d'urgence, par exemple).

8. Il est possible que la valeur globale maximum ou minimum de l'accord-cadre soit connue, auquel cas elle devrait être divulguée dans l'accord lui-même, faute de quoi une estimation devrait être établie. Une autre possibilité, lorsque l'accord-cadre doit être utilisé par plusieurs entités adjudicatrices, consiste à autoriser chaque entité à fixer des valeurs maximales différentes en fonction de la nature et de l'obsolescence éventuelle des articles faisant l'objet du marché; il conviendra alors d'inclure les valeurs pertinentes pour chaque entité. Les valeurs maximales ou les valeurs annuelles peuvent être limitées par les procédures budgétaires propres à chaque État; si tel est le cas, le commentaire relatif à ces dispositions devrait indiquer d'autres sources de réglementation en détail.

9. Le prix du marché peut être établi ou non lors de la première étape. Lorsque l'objet du marché est soumis à des fluctuations de prix ou des fluctuations monétaires, ou lorsque la combinaison de prestataires de services peut varier, il peut être contre-productif d'essayer de fixer le prix du marché au début de la procédure. Une critique courante de ce type d'accords-cadres est que les prix des marchés ont tendance à être fixés en fonction de taux horaires, qui sont généralement assez élevés. Il conviendrait donc d'encourager la fixation du prix par tâche ou par projet, le cas échéant.

10. L'accord prévoit généralement que les fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas augmenter leurs prix ou réduire la qualité de leurs soumissions lors de la deuxième étape de la procédure, en raison des inconvénients commerciaux évidents et du manque de sécurité de l'approvisionnement qui en résulteraient; toutefois, sur certains marchés, où les fluctuations de prix sont la norme, l'accord-cadre peut à juste titre prévoir un mécanisme d'ajustement des prix pour suivre l'évolution du marché.

11. L'alinéa d) du paragraphe 1 exige que l'accord-cadre indique s'il comportera, lors de la deuxième étape, une mise en concurrence pour l'attribution des marchés, auquel cas il doit stipuler les conditions de cette mise en concurrence. Les sous-alinéas i) et ii) de cet alinéa exigent que l'accord-cadre fixe les règles de fond et les procédures de toute mise en concurrence lors de la deuxième étape. Les règles et procédures sont destinées à garantir une concurrence effective lors de cette étape: par exemple, tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ont, en principe, le droit de participer à la deuxième étape, comme il est expliqué dans le commentaire de l'article 61 ci-dessous. L'accord doit également mentionner la fréquence prévue de la mise en concurrence et les dates limites envisagées pour la présentation des soumissions lors de la deuxième étape – cette information ne lie pas l'entité adjudicatrice, le but étant à la fois d'accroître la participation en fournissant aux entrepreneurs ou fournisseurs les meilleures informations disponibles et de favoriser une planification efficace de la passation des marchés.

12. L'effectivité de la concurrence lors de la deuxième étape dépendra surtout de la façon dont les critères d'évaluation seront définis et appliqués. Il faut trouver un équilibre entre des critères si rigides qu'un seul fournisseur ou entrepreneur risquerait en fait d'être présent lors de la deuxième étape, ce qui aura des conséquences négatives pour le rapport qualité-prix et l'efficacité administrative, et des critères si généraux ou si vagues que leurs coefficients de pondération et le processus pourront être manipulés au profit de certains fournisseurs ou entrepreneurs. Les dispositions du sous-alinéa iii) de l'alinéa d) du paragraphe 1 prévoient donc que le coefficient de pondération à attribuer aux critères d'évaluation durant la mise en concurrence de la deuxième étape devrait être divulgué lors de la première étape. Toutefois, elles prévoient également une possibilité limitée de faire varier ou de préciser davantage les critères d'évaluation lors de la deuxième étape, compte tenu du fait que plusieurs acheteurs sont susceptibles d'utiliser un accord-cadre, avec des coefficients de pondération différents selon leurs propres critères d'évaluation, et que certains accords-cadres sont de longue durée. Cette souplesse est également utile pour les centrales d'achat et permet d'éviter l'impact négatif sur le rapport qualité-prix qu'aurait l'application d'une seule norme commune à tous les utilisateurs d'un accord-cadre.

13. Le mécanisme du sous-alinéa iii) prévoit donc la possibilité de faire varier les coefficients de pondération des critères d'évaluation lors de la deuxième étape dans une fourchette ou grille préétablie dans l'accord-cadre et dans le dossier de sollicitation. Cette souplesse est soumise aux conditions de l'article 62, selon lesquelles cette variation doit être autorisée par l'accord-cadre mais ne peut en aucun cas entraîner une modification de la description de l'objet du marché. Ainsi, même si elle se situait dans les limites permises par l'accord-cadre, une variation ne serait pas acceptable si elle conduisait en fait à modifier la description de l'objet du marché (par exemple, si les exigences de qualité minimales étaient supprimées ou modifiées)[2].

14. La souplesse présidant à l'application des critères d'évaluation devrait être contrôlée de sorte qu'elle ne remplace pas une planification adéquate de la passation des marchés, n'incite pas les entités adjudicatrices à rechercher la facilité

---

[2] Le Secrétariat demande des orientations s'agissant d'autres exemples pertinents qui illustrent le fait que la souplesse devrait être l'exception plutôt que la règle.

administrative dans leurs décisions en matière d'achats, n'encourage pas l'utilisation de critères généraux qui ne soient pas fondés sur une définition précise des besoins, et ne favorise pas l'attribution abusive des marchés à des fournisseurs ou entrepreneurs favorisés. Ces derniers points peuvent s'avérer d'autant plus importants lorsque la passation des marchés est sous-traitée à une centrale d'achat rémunérée, qui peut utiliser les accords-cadres pour générer des revenus (voir l'examen de la sous-traitance au ...). Les processus de contrôle peuvent contribuer à empêcher l'utilisation de critères d'évaluation relativement souples dans les accords-cadres pour masquer des critères inappropriés fondés sur des accords ou des liens entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs ou entrepreneurs, et à détecter les abus consistant à prédéterminer les résultats de la deuxième étape de manière à anéantir toute concurrence lors de la première étape. Ces risques sont élevés en cas d'achats récurrents. Une utilisation transparente de la souplesse et l'application d'une fourchette prédéterminée et préalablement communiquée facilitent les contrôles et permettent de respecter les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption, à savoir l'établissement à l'avance des critères d'évaluation et leur publication (alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention). Les États adoptants voudront peut-être prévoir, dans leur système de contrôle, l'examen de l'utilisation de divers critères d'évaluation, pour empêcher que la fourchette fixée dans l'accord-cadre ne soit tellement large qu'elle anéantit toutes les mesures de protection dans la pratique.

15. L'alinéa e) du paragraphe 1 dispose que l'accord-cadre doit également indiquer si l'attribution du ou des marchés sur le fondement de l'accord se fera à la soumission au prix le plus bas ou à la soumission la plus avantageuse[3] (pour un examen de ces termes, voir ...). Le critère d'attribution sera normalement mais pas nécessairement le même que pour la première étape; par exemple, l'entité adjudicatrice peut décider de retenir, parmi les soumissions des fournisseurs ou entrepreneurs les mieux classés à l'issue de la première étape (sélectionnés selon la soumission la plus avantageuse), la soumission conforme la plus basse qui répond aux conditions précises de l'invitation à participer à la deuxième étape.

16. Le paragraphe 2 prévoit la possibilité limitée pour l'entité adjudicatrice de conclure un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Conformément aux principes généraux de transparence et de traitement juste et équitable, chaque fournisseur ou entrepreneur devrait être soumis aux mêmes conditions. Les exceptions sont donc limitées à des variations minimes, portant uniquement sur les dispositions qui justifient la conclusion d'accords séparés; ces justifications doivent être consignées au procès-verbal de la procédure de passation. On peut citer, à titre d'exemples, le cas où des accords séparés doivent être conclus pour protéger des droits de propriété incorporelle ou intellectuelle et pour tenir compte des conditions différentes en ce qui concerne l'octroi de licences, ou le cas où les fournisseurs ou entrepreneurs ont présenté des soumissions pour une

---

[3] Le Secrétariat demande des orientations sur le mécanisme d'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre fermé à fournisseurs multiples sans mise en concurrence lors de la deuxième étape. Des systèmes de rotation, qui seraient mentionnés dans l'accord-cadre, ont été cités comme exemple au sein du Groupe de travail. Ils doivent être envisagés compte tenu des autres dispositions de la Loi type et du risque de création d'oligopoles.

partie du marché seulement[4]. Les obligations contractuelles ne devraient toutefois pas différer selon les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

17. Le paragraphe 3 exige que l'accord-cadre contienne, outre les renseignements mentionnés précédemment, toutes les informations nécessaires à son bon fonctionnement et permettant d'assurer la transparence et la prévisibilité du processus. Ces informations peuvent concerner, par exemple, des aspects techniques tels que les spécifications de connexion, un site Web si l'accord fonctionne électroniquement, un logiciel particulier, les caractéristiques techniques et, le cas échéant, la capacité; ces informations d'accès devaient être formulées en termes technologiquement neutres lorsque cela est possible et approprié. Ces exigences peuvent être complétées par des règlements détaillés pour éviter que la technologie utilisée par l'entité adjudicatrice n'entrave l'accès à la partie concernée de la passation de marché, conformément aux principes énoncés à l'article 7 (voir le commentaire de cet article au ...).

18. Dans les accords-cadres à fournisseurs multiples, chaque fournisseur ou entrepreneur partie voudra connaître l'étendue de son engagement à la fois dès le début et périodiquement pendant la durée de l'accord-cadre (par exemple après qu'un achat a été effectué au titre de l'accord). Les États adoptants souhaiteront donc peut-être encourager les entités adjudicatrices à informer les fournisseurs ou entrepreneurs de la portée de leur engagement [ajouter un commentaire sur l'étendue/la durée de l'engagement et des renvois aux dispositions sur l'avis envoyé pour la deuxième étape].

Article 59. Établissement d'un accord-cadre ouvert[5]

1. L'article définit les modalités de la première étape de la procédure d'accord-cadre ouvert. Alors que les accords-cadres fermés sont conclus à l'aide d'une méthode de passation prévue au chapitre III, IV ou V de la Loi type, la procédure d'accord-cadre ouvert est autonome[6], le présent article prévoyant les modalités qui la régissent. L'accord-cadre ouvert est décrit aux paragraphes … ci-dessus. Le commentaire se rapportant au présent article et à l'article suivant de la Loi type renvoie à cette description lorsque cela est nécessaire.

2. Le paragraphe 1 exige que l'accord-cadre soit établi et géré en ligne. Cette disposition constitue une rare exception au principe de neutralité technologique qui sous-tend les dispositions de la Loi type. Elle se justifie par le fait que toute tentative de gérer un accord-cadre ouvert sur support papier traditionnel compromettrait l'efficacité administrative qui se trouve au cœur de la procédure d'accord-cadre ouvert, car celle-ci repose sur l'utilisation de moyens électroniques de communication par Internet. La procédure suppose une possibilité de passation ouverte en permanence sur le Web, que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent consulter à tout moment pour déterminer s'ils souhaitent participer aux marchés

---

[4] Le Secrétariat demande des orientations sur la question de savoir si tous les États seront autorisés par leur droit administratif à tirer parti de cette disposition.

[5] Le Secrétariat demande des orientations pour savoir s'il faudrait comparer ces accords-cadres avec les catalogues électroniques et la demande de prix.

[6] Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette technique devrait être considérée comme une méthode de passation distincte et, partant, figurer à l'article 26-1. La même question est posée dans le commentaire relatif à l'article 26.

envisagés, sans imposer nécessairement un lourd travail administratif pour la communication d'informations particulières à ces fournisseurs ou entrepreneurs, qui par voie de conséquence allongerait les délais de réponse, comme il est expliqué plus loin aux paragraphes … . L'objectif est que les réponses aux possibilités et aux demandes de participation soient adressées dans des délais que seule une passation en ligne permet d'envisager.

3. Le paragraphe 2 prévoit le mécanisme à utiliser pour solliciter la participation à la procédure d'accord-cadre ouvert. Il applique les dispositions de l'article 32 par renvoi[7]; il va de soi que la sollicitation tendant à inviter les fournisseurs et entrepreneurs à devenir parties à un accord-cadre ouvert doit elle-même être ouverte. Elle doit également être internationale, à moins que les exceptions mentionnées à l'article 32-4 et l'article 8, par renvoi, ne s'appliquent (on trouvera le commentaire y relatif au … plus haut). Il est recommandé que l'invitation soit également disponible en permanence sur le site Web qui sera utilisé pour gérer l'accord-cadre (voir aussi le commentaire de l'article 60-2 ci-dessous, concernant la publicité permanente et les mécanismes de transparence, notamment la republication régulière de l'invitation initiale).

4. Le paragraphe 3 énumère les informations devant figurer dans l'invitation à participer à la procédure. Il reprend les exigences formulées pour la teneur de l'invitation à soumettre des offres dans la procédure d'appel d'offres ouvert, avec toutefois quelques modifications nécessaires pour s'adapter au contexte de l'accord-cadre ouvert. Les dispositions reprennent également, dans la mesure du possible, celles qui s'appliquent aux accords-cadres fermés. On consultera donc le commentaire sur la sollicitation dans les accords-cadres fermés qui concerne les dispositions équivalentes à celles du paragraphe 3) b), c) et f) (les alinéas b) et c) visent à montrer clairement qu'il s'agit d'une procédure d'accord-cadre ouvert)[8] ainsi que le commentaire sur la sollicitation dans la procédure d'appel d'offres ouvert qui concerne les dispositions équivalentes à celles du paragraphe 3 e) i), g) et h). Les paragraphes qui suivent contiennent des commentaires sur les questions spécifiques aux procédures d'accords-cadres ouverts.

5. L'alinéa a) du paragraphe 3 exige que l'invitation mentionne le nom et l'adresse des entités adjudicatrices qui seront parties à l'accord-cadre ouvert ou qui seront autorisées à passer des commandes (autrement dit, à attribuer des marchés) sur le fondement de l'accord-cadre[9]. La disposition est donc souple en ce qu'elle permet aux entités adjudicatrices de se regrouper pour accroître leur pouvoir d'achat et qu'elle autorise également le recours à des centrales d'achat. Toutefois, l'accord-cadre n'est pas ouvert à de nouveaux acheteurs. Cette souplesse et cette restriction se justifient toutes deux par le souci d'assurer une transparence suffisante et de favoriser un bon rapport qualité-prix: les fournisseurs ou entrepreneurs ont besoin de savoir qui sont les entités adjudicatrices autorisées à passer des marchés, si l'on

---

[7] Le Secrétariat demande des orientations concernant la nécessité de modifier l'actuel libellé du paragraphe 2 de l'article 59 en remplaçant les mots "conformément à l'article 32" par "comme l'exige l'article 32" afin de montrer plus clairement que cet article s'applique bien en l'espèce.

[8] La Commission considérera peut-être que l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 59 est redondant et qu'il pourrait être supprimé, compte tenu des dispositions de l'alinéa b) du même paragraphe.

[9] Le Secrétariat demande des orientations sur la manière dont cette souplesse s'appliquera dans la pratique.

veut les encourager à participer et à présenter des soumissions répondant aux besoins des entités et si l'on veut garantir l'efficacité de la procédure. Par ailleurs, les règles de formation des contrats varieront d'un État à l'autre; il se peut que certains États n'autorisent les entités adjudicatrices à se joindre à l'accord-cadre que si elles se soumettent à d'importantes formalités administratives, telles que la novation. Il faudrait lire la disposition conjointement avec la définition du terme "entité adjudicatrice", à l'article 2 l), d'après laquelle plusieurs acheteurs dans une passation déterminée peuvent être l'"entité adjudicatrice" pour cette passation. Dans le contexte des accords-cadres, l'entité qui attribue un marché est par définition l'entité adjudicatrice pour la passation considérée; l'accord-cadre lui-même envisage plusieurs acheteurs potentiels lors de la deuxième étape. Cependant, une seule entité sera chargée d'établir et de gérer l'accord-cadre et elle aura qualité d'"entité adjudicatrice" à cette fin, comme le prévoit le paragraphe 3 a).

6. L'alinéa d) du paragraphe 3 exige que les langues de l'accord-cadre soient indiquées dans l'invitation et prévoit d'autres mesures destinées à promouvoir la transparence et donc à améliorer l'accès à l'accord-cadre, une fois que celui-ci a été conclu. Il faudrait que le site Web utilisé pour gérer l'accord-cadre ouvert soit facile à localiser. Il s'agit là d'un exemple de considérations générales concernant la transparence effective dans le contexte de la passation électronique des marchés (voir commentaire au … plus haut). L'invitation doit également préciser toutes modalités particulières d'accès à l'accord-cadre; on trouvera dans le commentaire de l'article 7 ci-dessus des indications sur la façon d'assurer aux fournisseurs et entrepreneurs un accès effectif à la passation.

7. L'alinéa e) du paragraphe 3 contient plusieurs dispositions d'application générale ainsi que des dispositions concernant uniquement les procédures d'accords-cadres. Elles forment ensemble les conditions d'admission des fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre. Le sous-alinéa i) exige que l'invitation contienne la déclaration standard indiquant si la participation sera restreinte sur la base de la nationalité dans les cas limités prévus à l'article 8. Le sous-alinéa ii) est une disposition facultative (qui de ce fait figure entre parenthèses) autorisant la fixation d'un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre. La note de bas de page qui accompagne cette disposition précise que les États n'ont pas besoin d'adopter cette dernière si les contraintes techniques locales ne l'exigent pas. La disposition devrait en tout état de cause être lue conjointement avec le paragraphe 7 de l'article, qui en limite l'application (comme l'explique le commentaire de ce paragraphe plus loin), ce qui permet d'offrir des garanties essentielles contre tout abus et toutes conséquences indésirables. Le sous-alinéa exige que soient divulgués la procédure et les critères appliqués pour sélectionner ce nombre maximum, comme le font d'autres dispositions équivalentes prévues dans la Loi type (on trouvera des indications sur les questions générales dans le commentaire relatif à [l'appel d'offres restreint], au … ci-dessus). [Un renvoi aux considérations similaires se posant dans le contexte des enchères électroniques inversées sera ajouté ici.]

8. Le sous-alinéa iii) traite de la manière dont doivent être présentées et évaluées les demandes d'admission à l'accord-cadre. Il exige les mêmes éléments d'information que ceux requis à l'article 38 pour la procédure d'appel d'offres. La disposition parle de "soumissions indicatives" pour montrer que l'accord-cadre ouvert comportera toujours une mise en concurrence lors de la deuxième étape, de

sorte que les soumissions initiales sont simplement indicatives, comme le laisse entendre leur nom. En outre, alors que les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs sont évaluées et que leurs soumissions sont examinées par rapport à la description fournie pour en déterminer la conformité (voir par. 5 et 6 de l'article), les soumissions indicatives ne sont nullement évaluées (en d'autres termes, elles ne font pas l'objet d'une comparaison entre elles, telle que celle prévue à l'article 42), ce qui n'est pas le cas des soumissions initiales dans les accords-cadres fermés. De même, contrairement aux accords-cadres fermés et comme l'explique plus bas le commentaire se rapportant au paragraphe 6 de l'article, tous les fournisseurs ou entrepreneurs présentant des soumissions conformes sont admissibles à l'accord-cadre, à condition qu'ils aient les qualifications requises.

9. Le sous-alinéa iv) exige de préciser dans l'invitation que tous nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs peuvent se joindre à l'accord-cadre à tout moment pendant toute sa durée (voir par. 4 de l'article pour les conditions de fond auxquelles ils doivent satisfaire), à moins que le nombre maximum indiqué de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre ne soit dépassé et sauf si les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels sont exclus du fait des limites imposées à la participation en vertu de l'article 8 de la Loi type. L'invitation devrait également mentionner les limites imposées aux nouveaux participants (qui pourraient découler de limites de capacité, ainsi qu'il est décrit plus haut, ou résulter de l'application de l'article 8 de la Loi type), ainsi que toutes autres exigences concernant, par exemple, les qualifications des parties à l'accord et la conformité de leurs soumissions indicatives.

10. L'alinéa f) du paragraphe 3 exige que toutes les conditions de l'accord-cadre (qui sont elles-mêmes régies par l'article 60) soient énoncées dans l'invitation. Elles comprennent notamment la description de l'objet du marché et les critères d'évaluation. Elles sont examinées dans le commentaire se rapportant à l'article 60 plus bas.

11. Le paragraphe 4 énonce une exigence fondamentale selon laquelle l'accord-cadre est ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application. [Comme indiqué dans le commentaire général sur le présent chapitre,] cette disposition est l'une des principales caractéristiques des accords-cadres ouverts.

12. Le paragraphe 5 prévoit que les soumissions indicatives reçues après l'établissement de l'accord-cadre doivent être examinées rapidement, afin que l'accord-cadre reste effectivement ouvert à de nouvelles parties; cette caractéristique est essentielle dans le contexte d'un accord-cadre ouvert en ligne, qui peut être destiné à des achats réguliers portant sur de faibles quantités. Conformément au paragraphe 6, toutes les soumissions conformes présentées par des fournisseurs ou entrepreneurs qualifiés doivent être acceptées et ces fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'accord-cadre, sous réserve des limites de capacité justifiant leur rejet qui peuvent être imposées conformément aux paragraphes 3 e) ii) et 7 et qui seraient spécifiées dans l'invitation à devenir partie à l'accord, ou d'autres restrictions (en cas de passation de marchés nationaux, par exemple; voir le commentaire pertinent ci-dessus).

13. Le paragraphe 7 est lié au paragraphe 3 e) ii). Tous deux figurent entre parenthèses, car il s'agit de dispositions facultatives que les États adoptants peuvent

envisager d'incorporer dans la loi. Ils permettent d'imposer un nombre maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être parties à un accord-cadre en raison de contraintes techniques. Outre les considérations liées aux dispositions similaires applicables dans le contexte des enchères électroniques inversées (voir commentaire de l'article 52-1 k) et 2 au … ci-dessus), les États adoptants devraient tenir compte d'autres considérations lorsqu'ils envisagent d'adopter ces dispositions. La principale différence entre les accords-cadres fermés et les accords-cadres ouverts étant que ces derniers restent ouverts à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de leur durée d'application, toute limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties peut en fait les convertir en accords-cadres fermés. Cette situation peut être aggravée du fait que les avantages d'un ensemble fluctuant de fournisseurs ou d'entrepreneurs risquent d'être anéantis si les fournisseurs ou entrepreneurs qui ne participent plus à la mise en concurrence de la deuxième étape restent, d'un point de vue technique, parties à l'accord-cadre et empêchent l'admission de nouvelles parties. Le paragraphe 7 n'autorise donc la limitation du nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs que si les capacités techniques limitent l'accès aux systèmes concernés (par exemple, le logiciel utilisé pour l'accord-cadre n'accepte qu'un nombre limité de participants). Toutefois, les États adoptants devraient savoir que ces problèmes de limites de capacité diminuent rapidement et que cette disposition risque sous peu de devenir obsolète.

14. Même si le nombre maximum, éventuellement nécessaire, de fournisseurs ou d'entrepreneurs sera probablement raisonnable, l'entité adjudicatrice doit rester objective dans la manière de les sélectionner. Par exemple, elle peut recourir à une sélection aléatoire ou de type "premier arrivé, premier servi" (voir par. … ci-dessus), comme dans l'appel d'offres restreint utilisé pour le motif indiqué à l'article 28-1 b) (voir commentaire sur cet article au … ci dessus). La décision de sélection pouvant être contestée conformément aux dispositions du chapitre VIII[10], les États adoptants devraient s'assurer que les règlements en matière de passation des marchés ou toute autre règle applicable donnent des orientations suffisantes aux entités adjudicatrices.

15. Les États adoptants remarqueront que le présent article ne prévoit aucune évaluation des soumissions indicatives. En raison de la nature des accords-cadres ouverts, ces soumissions sont, comme leur nom l'indique, seulement indicatives et, ainsi que l'explique le paragraphe ... ci-dessus, toutes les soumissions conformes reçues de fournisseurs ou d'entrepreneurs qualifiés sont acceptées. Comme l'explique aussi le commentaire de l'article 61 ci-après, la concurrence sur les prix fait largement défaut lors de la première étape, si bien qu'il est essentiel d'assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape.

16. Les dispositions du paragraphe 8 visent à assurer la transparence de la prise de décision et à permettre à un fournisseur ou entrepreneur, s'il le souhaite, de contester la décision de l'entité adjudicatrice de ne pas l'admettre à la procédure d'accord-cadre. L'inclusion de ces dispositions dans le contexte des accords-cadres ouverts est justifiée car les garanties fournies par la notification relative au délai

---

[10] Le Secrétariat demande des orientations sur les moyens d'assurer la non-discrimination étant donné que la Loi type est muette sur ce point. Il n'est peut-être pas suffisant de traiter cette question uniquement dans les règlements si la Loi type elle-même n'énonce pas d'obligation d'objectivité.

d'attente ne s'appliqueraient pas aux soumissions indicatives mais seulement aux soumissions présentées en réponse à des commandes particulières passées au titre de l'accord (soumissions présentées lors de la deuxième étape). Il est donc essentiel pour le fournisseur ou l'entrepreneur de savoir s'il est partie à l'accord sans quoi il ne pourrait pas être informé des commandes passées au titre de l'accord et présenter des soumissions lors de la deuxième étape. Toutefois, en cas de contestation de la décision de l'entité adjudicatrice, les considérations de principe s'agissant de retarder la signature d'un marché pour permettre un recours efficace ou d'en autoriser la conclusion sont différentes dans le contexte des accords-cadres ouverts (les considérations de principe générales sont énoncées dans le commentaire de l'article 21 ci-dessus). Dans le cas des accords-cadres ouverts, tout fournisseur ou entrepreneur lésé dont la soumission a été rejetée comme étant non conforme ou qui n'a pas été admis pour cause de disqualification pourra être admis à l'accord-cadre pour de futures commandes si le recours est tranché en sa faveur; il a été estimé que le préjudice causé au fournisseur ou à l'entrepreneur du fait que sa participation était retardée ne l'emportait probablement pas sur l'intérêt qu'il y avait à autoriser la conclusion d'un nombre – de fait – limité de marchés au titre de l'accord-cadre ouvert.

Article 60. Prescriptions concernant les accords-cadres ouverts

1. Cet article, qui fait pendant à l'article 58 sur les accords-cadres fermés, régit les conditions des accords-cadres ouverts et de l'attribution des marchés sur le fondement de ces accords. Comme pour les accords-cadres fermés, la loi de l'État adoptant traitera de questions telles que la force obligatoire de l'accord en droit des contrats; c'est pourquoi elles ne sont pas traitées dans la Loi type. Les fournisseurs ou entrepreneurs qui deviennent parties à l'accord-cadre après que ce dernier a été initialement conclu devront être liés par les conditions énoncées dans celui-ci; ils peuvent être liés automatiquement lorsqu'ils deviennent parties à l'accord, mais les États adoptants devraient s'assurer que la loi prévoit des dispositions appropriées à cet égard.

2. Le paragraphe 1 exige une mise en concurrence lors de la deuxième étape de la procédure pour l'attribution des marchés sur le fondement de l'accord-cadre ouvert. Les alinéas c) à f) énoncent les conditions et modalités de cette mise en concurrence. Elles sont similaires aux dispositions du paragraphe 1 d) de l'article 58, dont on trouvera le commentaire aux paragraphes … ci-dessus. Les différences tiennent à la nature de l'objet du marché envisagé dans l'accord-cadre ouvert (articles simples et normalisés, comme expliqué au … ci-dessus).

3. L'alinéa a) du paragraphe 1 prévoit que la durée de l'accord-cadre doit être mentionnée dans l'accord même. À la différence des dispositions qui régissent les accords-cadres fermés, il ne contient pas de référence à une durée maximale imposée par les règlements en matière de passation des marchés: le fait que l'accord est ouvert à de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs tout au long de sa durée d'application réduit les risques que la concurrence soit étouffée comme décrit dans le contexte des accords-cadres fermés au paragraphe … ci-dessus. Toutefois, pour tenir compte des nouvelles technologies et solutions, et pour éviter toute obsolescence, la durée de l'accord-cadre ouvert ne devrait pas être excessive et devrait être évaluée en fonction de l'objet du marché envisagé. (Voir également les indications générales fournies au paragraphe … ci-dessus concernant l'importance

d'examiner périodiquement si l'accord-cadre continue de tenir compte de ce qui est actuellement disponible sur le marché visé.) En outre, les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient hésiter à participer à un accord d'une durée illimitée.

4. L'alinéa b) du paragraphe 1 dispose que l'accord-cadre ouvert doit mentionner les conditions de la passation de marché connues au moment de l'établissement de l'accord (qui, en vertu de l'article 59, auront été indiquées dans l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert). Cette disposition est semblable à celle de l'article 58-1 b) sur les accords-cadres fermés mais, comme indiqué ci-dessus, certaines différences se justifient par la nature de l'objet du marché envisagé dans l'accord-cadre ouvert. La nature de l'objet du marché n'exigerait pas en effet que les conditions de la passation soient établies lors de la deuxième étape mais seulement que les conditions déjà établies soient précisées, par exemple en ce qui concerne la quantité, le lieu et le délai de livraison de l'objet du marché. Même si, en raison de la nature des accords-cadres ouverts, on peut penser que la description de la passation sera formulée en des termes fonctionnels et généraux de sorte que l'énoncé des besoins de l'entité adjudicatrice puisse être précisé lors de la deuxième étape, il importe que cette description ne soit pas générale au point que l'accord-cadre ouvert devienne une simple liste de fournisseurs. Dans ce cas, la ou les entités adjudicatrices qui utilisent l'accord-cadre seraient tenues de réaliser ou de répéter certains actes de la procédure de passation lors de la deuxième étape (réexamen complet des qualifications et de la conformité et évaluation des soumissions présentées lors de la deuxième étape), ce qui compromettrait l'efficacité de la procédure. En outre, les changements pouvant être apportés lors de la deuxième étape aux conditions initiales de la sollicitation sont soumis aux limitations de l'article 62. Néanmoins, une souplesse suffisante est nécessaire pour tenir compte des changements apportés au cadre réglementaire, notamment en ce qui concerne les exigences environnementales ou de durabilité.

5. Le paragraphe 2 prévoit que l'invitation à devenir partie à l'accord-cadre ouvert doit être republiée régulièrement. Elle doit être publiée au moins une fois par an au même endroit que l'invitation initiale. Néanmoins, les États adoptants peuvent estimer qu'une publication plus fréquente encouragera une plus grande participation et une plus grande concurrence. La gestion électronique de l'accord-cadre ouvert suppose que la publication se fera uniquement en ligne, y compris lors de la première étape visée à l'article 32[11], ce qui permettra de maintenir les coûts de publication à un niveau raisonnable. L'invitation doit comporter toutes les informations nécessaires au fonctionnement de l'accord-cadre (notamment le site Web et tous renseignements techniques utiles). Le paragraphe prévoit également que l'entité adjudicatrice doit garantir l'accès libre, direct et complet aux conditions de l'accord; comme l'accord-cadre fonctionnera en ligne, ces informations doivent être disponibles sur le site Web indiqué dans l'invitation. Y devront également être mentionnés les noms de tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties[12] et, comme noté ci-dessus, toutes les entités adjudicatrices qui peuvent utiliser l'accord-cadre.

---

[11] Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette interprétation est correcte ou si, lors de l'établissement de l'accord-cadre ouvert, on pourrait aussi exiger que l'avis soit également publié sur un support papier.

[12] Il faudra peut-être réexaminer la nécessité de révéler l'identité de tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre en vertu de l'article 22 compte tenu des risques élevés de collusion.

Les mises en concurrence lors de la deuxième étape devraient également être publiées sur le site Web comme expliqué aux paragraphes … ci-dessous.

Article 61. Deuxième étape d'une procédure d'accord-cadre

1. Cet article régit la mise en concurrence lors de la deuxième étape tant des accords-cadres fermés que des accords-cadres ouverts. Certaines dispositions, notamment celles du paragraphe 3, visent à tenir compte des différences dans l'attribution des marchés sur le fondement d'accords-cadres fermés ne comportant pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape et sur le fondement d'accords-cadres fermés comportant une telle mise en concurrence.

2. Comme noté au paragraphe 1, l'accord-cadre énonce les critères fondamentaux et certaines procédures régissant l'attribution des marchés sur le fondement de l'accord. Les dispositions de cet article définissent les autres éléments des procédures d'attribution. Une transparence totale est donc exigée tant pour les critères d'attribution que pour les procédures elles-mêmes.

3. Les procédures ont pour objet de garantir une concurrence effective lors de la deuxième étape, tout en évitant des prescriptions excessives et longues à mettre en œuvre qui compromettraient l'efficacité de la procédure d'accord-cadre. Ces considérations sont particulièrement importantes dans le contexte des accords-cadres ouverts, dans lesquels des soumissions indicatives et non initiales sont présentées lors de la première étape mais ne font pas l'objet d'une évaluation.

4. Le paragraphe 2 prévoit qu'un marché ne peut être attribué qu'à un fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre. Cette disposition peut paraître évidente pour les accords-cadres fermés, mais dans le contexte des accords-cadres ouverts, elle souligne l'importance d'un examen rapide des demandes de participation à l'accord-cadre et l'utilité de mises en concurrence relativement fréquentes et avec un nombre de participants raisonnable lors de la deuxième étape afin de tirer parti d'un marché compétitif et dynamique. Dans la pratique, une mise en concurrence lors de la deuxième étape sera probablement annoncée sur le site Web de l'accord-cadre, avec un délai relativement court pour la présentation des soumissions finales. Les nouveaux participants voudront peut-être présenter leurs soumissions indicatives à temps pour être pris en considération en vue de la deuxième étape, mais ne pourront peut-être que participer aux mises en concurrence ultérieures. L'interaction entre les délais de présentation des soumissions finales, le temps nécessaire pour évaluer les soumissions indicatives et la fréquence et l'ampleur des mises en concurrence lors de la deuxième étape devraient être soigneusement étudiés lors de la gestion de l'accord-cadre.

5. Le paragraphe 3 indique que l'article 21 sur l'attribution des marchés s'applique aux accords-cadres fermés qui ne comportent pas de mise en concurrence lors de la deuxième étape, sauf en ce qui concerne le délai d'attente prévu au paragraphe 2 de cet article. Les dispositions concernant le délai d'attente ne s'appliquent pas aux accords-cadres fermés sans mise en concurrence lors de la deuxième étape au motif que [à compléter; voir la question correspondante dans le commentaire de l'article 21-3 a)].

6. Le paragraphe 4 énonce les procédures de mise en concurrence lors de la deuxième étape. L'alinéa a) prévoit qu'une invitation à concourir doit être adressée à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre, ou seulement à chaque

partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice concernant l'objet du marché. Cette invitation est adressée conformément aux conditions de l'accord-cadre, qui peuvent par exemple prévoir l'envoi automatisé d'invitations pour des raisons d'efficacité. La meilleure pratique est également de publier une copie de l'invitation sur le site Web de l'accord-cadre, ce qui peut en outre encourager de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs à participer, dans la mesure du possible, à la procédure (à savoir dans les accords-cadres ouverts).

7. Les dispositions de l'alinéa a) exigent que soient invités tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre ou, lorsqu'il convient, seuls ceux qui sont "capables" de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Cette dernière disposition devrait être interprétée dans un sens très étroit, à la lumière des conditions de l'accord-cadre et des conditions des soumissions initiales ou indicatives, pour ne pas laisser une trop grande latitude à l'entité adjudicatrice quant au groupe de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter, dans la mesure où cette latitude peut donner lieu à des abus comme le favoritisme. Par exemple, l'accord-cadre peut permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de fournir jusqu'à certaines quantités (dans chaque mise en concurrence ou de manière générale); les soumissions initiales ou indicatives peuvent montrer que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne peuvent pas proposer certaines combinaisons requises ou répondre à certaines exigences qualitatives. L'évaluation des fournisseurs ou entrepreneurs qui sont "capables" de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice est donc objective; tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui sont parties à l'accord doivent être présumés capables sauf si l'accord-cadre ou leurs soumissions initiales ou indicatives indiquent le contraire[13]. Cette disposition a deux objectifs: premièrement, éviter les abus dans l'attribution des marchés pour empêcher que certains fournisseurs ou entrepreneurs ne soient favorisés et, deuxièmement, limiter les soumissions à celles des fournisseurs ou entrepreneurs qui sont capables de répondre aux besoins pour en améliorer l'efficacité. L'entité adjudicatrice devrait expliquer dans le procès-verbal de la procédure pourquoi des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord n'ont pas été invités à participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape; la publication de l'invitation sur le site Web permettra à ceux exclus de contester la décision[14]. Ces garanties sont jugées essentielles pour assurer une concurrence effective lors de la deuxième étape, car l'expérience de l'utilisation des accords-cadres montre que cette étape de la procédure est vulnérable en ce qui concerne la participation et la concurrence. La vulnérabilité est d'autant plus grande que les dispositions relatives au délai d'attente (art. 21-2) ne s'appliqueront dans le contexte des accords-cadres avec mise en concurrence lors de la deuxième étape qu'aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape (mais non pas à toutes les parties à l'accord).

---

[13] Le commentaire se fonde sur le libellé actuel de l'article 61-4 a). Toutefois, il a été suggéré au sein du Groupe de travail de donner aux fournisseurs ou entrepreneurs la possibilité d'améliorer leurs soumissions initiales, par exemple d'augmenter les quantités dans les soumissions qu'ils présentent à la deuxième étape. Ils n'auraient pas cette possibilité s'ils sont jugés non capables sur la base des conditions de leurs soumissions initiales/indicatives et ne pourraient donc pas participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape. Par conséquent, le Secrétariat demande des orientations sur la manière dont l'entité adjudicatrice sera en mesure de déterminer

8. L'alinéa b) du paragraphe 4 régit le contenu de l'invitation à participer à la deuxième étape. Les sous-alinéas iii) à xi) reprennent les dispositions de l'article 38 sur la teneur du dossier de sollicitation, dont le commentaire figure au … ci-dessus. Dans le contexte des accords-cadres, il est important de fixer un délai approprié pour la présentation des soumissions: s'agissant des accords-cadres ouverts, par exemple, le délai peut être de plusieurs heures ou d'une journée environ. Autrement, l'efficacité administrative de la procédure sera compromise et les entités adjudicatrices n'auront pas recours à cette technique. Pour déterminer le délai de présentation des soumissions lors de la deuxième étape à compter de l'invitation, il faudrait examiner quelle serait la durée suffisante pour préparer les soumissions en l'espèce (plus l'objet du marché est simple, plus le délai sera court). D'autres éléments à prendre en considération sont, notamment, la question de savoir comment fixer un délai minimum qui permette de contester les conditions de la sollicitation. En tout état de cause, le délai tiendra compte des besoins raisonnables de l'entité adjudicatrice, comme le prévoit expressément l'article 14-2 de la Loi type, qui peuvent dans des conditions limitées prévaloir sur les autres considérations, par exemple en cas d'urgence extrême suite à une catastrophe. (Voir aussi les considérations pertinentes au paragraphe … ci-dessus.)

9. Les États adoptants remarqueront toutefois que la publication d'un avis général de mise en concurrence lors de la deuxième étape n'est pas exigée, car il est présumé qu'une invitation ouverte aura été publiée pendant la première étape de la procédure d'accord-cadre, étant donné que la règle par défaut aux termes des articles 27 et 57-1 est de recourir à l'appel d'offres ouvert. Or, cette présomption n'est pas valable lorsqu'un accord-cadre est attribué par une autre méthode de passation reposant sur la sollicitation directe[15].

10. Le sous-alinéa i) prévoit que les informations définissant le champ de la mise en concurrence lors de la deuxième étape doivent figurer dans l'invitation. Il s'agit là d'une exigence vitale pour la transparence. Lorsque l'invitation est adressée par voie électronique (ce qui doit être le cas, par exemple, dans le contexte des accords-cadres ouverts), les entités adjudicatrices voudront peut-être y inclure le rappel exigé des conditions existantes de l'accord-cadre au moyen d'un hyperlien (renvoi), sous réserve de tenir le lien dûment à jour. L'invitation doit également comporter les

---

objectivement quels fournisseurs ou entrepreneurs seront capables d'exécuter une commande et ceux qui ne le seront pas, sans connaître le contenu des soumissions présentées lors de la deuxième étape par tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

[14] Aucune disposition de la Loi type n'exige toutefois que l'invitation à participer à la mise en concurrence lors de la deuxième étape soit publiée. Voir la note de bas de page suivante pour plus de précisions.

[15] Il faut toutefois examiner la nécessité d'exiger dans la Loi type qu'un préavis de commande soit adressé à toutes les parties à l'accord-cadre. Cette exigence devrait être considérée comme une garantie essentielle contre les abus. Elle permettrait d'aligner les garanties dans le contexte des accords-cadres sur celles applicables aux procédures d'appel d'offres restreint, dans lesquelles un préavis de passation doit être publié conformément à l'article 33-5 du projet de loi type. Ce préavis permet aux fournisseurs ou entrepreneurs de contester leur exclusion de la procédure de passation en cas de recours à l'appel d'offres restreint en particulier pour le motif énoncé à l'article 28-1 a) (à savoir lorsque l'entité adjudicatrice part du principe que seul un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs sont en mesure de fournir l'objet du marché, ce qui s'apparenterait au jugement que l'entité adjudicatrice porterait en vertu de l'article 61-4 a) sur la capacité des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre de fournir l'objet du marché).

conditions de la passation qui feront l'objet de la mise en concurrence et donner des précisions supplémentaires sur ces conditions si nécessaire. Cette disposition devrait être lue conjointement avec les articles 58-1 d) i) et 60-1 c), qui prévoient que l'accord-cadre doit énoncer les conditions qui peuvent être établies ou précisées lors de la mise en concurrence. La possibilité de préciser ainsi les conditions est limitée par application de l'article 62, qui dispose qu'aucune modification de la description de l'objet du marché régie par l'article 10 n'est permise et que toute autre modification ne peut être apportée que dans la mesure autorisée par l'accord-cadre. Lorsque des modifications doivent être apportées aux produits ou que des alternatives techniques sont nécessaires, elles devraient être annoncées dans l'accord-cadre lui-même, qui devrait également exprimer les besoins de manière suffisamment souple et fonctionnelle (dans les limites de l'article 10) pour permettre ces modifications. Les autres conditions pouvant être précisées sont notamment les combinaisons de composants (dans le cadre de la description générale), les garanties et les délais de livraison. [Dans la pratique, il est possible que la marge dont dispose l'entité pour préciser les conditions soit moindre dans les accords-cadres fermés que dans les accords-cadres ouverts.][16] Le souci de trouver un équilibre entre la nécessité de laisser une souplesse suffisante pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et celle d'assurer une transparence et des limites suffisantes pour empêcher les abus devrait guider les entités adjudicatrices dans leur utilisation des accords-cadres.

11. Le sous-alinéa ii) exige un rappel des procédures et des critères d'évaluation des soumissions, tels qu'initialement énoncés dans l'accord-cadre. Là encore, cette disposition vise à améliorer la transparence et devrait être lue conjointement avec les articles 58-1 d) iii) et 60-1 f), qui permettent de faire varier les coefficients de pondération des critères d'évaluation (y compris des sous-critères) dans une certaine fourchette fixée dans l'accord-cadre lui-même. Il est essentiel de prévoir des procédures et des critères d'évaluation appropriés pour cette deuxième étape si l'on veut assurer une concurrence effective et garantir l'objectivité et la transparence. Leur importance et leur application sont expliquées dans le commentaire de l'article 58 ci-dessus (voir par. …).

12. L'alinéa c) du paragraphe 4 découle des règles générales énoncées à l'article 11-6, qui exigent objectivité et transparence dans l'évaluation des soumissions en interdisant l'application, durant l'évaluation, de critères ou de procédures qui n'auraient pas été préalablement communiqués.

13. L'alinéa d) du paragraphe 4 rappelle les prescriptions de l'article 21 concernant les avis et les formalités connexes faisant suite à l'acceptation de la soumission à retenir (pour le commentaire sur ces dispositions, voir … ci-dessus). Les dispositions sur les avis exigeraient que le prix de chaque commande soit communiqué aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions lors de la deuxième étape, afin de faciliter l'introduction d'un recours par les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission n'a pas été retenue. Il est de bonne pratique d'aviser les parties à l'accord-cadre dont la soumission n'a pas été retenue, par exemple en adressant un avis à chacune dans les systèmes électroniques mais également, dans les accords-cadres fermés gérés dans un environnement papier et comptant un faible nombre de participants, par voie de publication générale. Dans le

[16] Le Secrétariat demande des orientations pour savoir si cette affirmation est exacte.

contexte des accords-cadres, ce moyen de notification non seulement est efficace, mais peut aussi être utile lorsque des achats récurrents peuvent tirer parti de soumissions améliorées, en particulier lorsque les avis s'accompagnent d'explications sur les raisons du rejet des soumissions ou d'un retour d'information. Les prescriptions de l'article 22, exigeant la publication des avis d'attribution, s'appliquent également (il est possible de regrouper les marchés de faible valeur à des fins de publicité, comme prévu dans cet article et examiné dans le commentaire qui l'accompagne).

Article 62. Interdiction de toute modification substantielle pendant la durée d'application d'un accord-cadre[17]

1. Cet article vise à assurer l'objectivité et la transparence pendant la durée d'application de l'accord-cadre. Il prévoit tout d'abord qu'aucune modification ne peut être apportée à la description de l'objet du marché, car autrement l'invitation initiale à participer ne serait plus exacte et une nouvelle passation serait nécessaire. La nécessité de ménager une certaine souplesse dans la gestion de l'accord-cadre, pour pouvoir notamment préciser certaines conditions du marché pendant la mise en concurrence de la deuxième étape, suppose qu'il faut pouvoir modifier ces conditions (notamment les critères d'évaluation). L'article autorise donc de telles modifications, mais seulement pour autant qu'elles ne changent pas la description de l'objet du marché et uniquement – cette condition étant destinée à garantir la transparence – dans la mesure permise par l'accord-cadre. (Cet objectif – assurer l'objectivité et la transparence du processus de passation – sous-tend également les dispositions de l'article 15-3, qui exige la republication des informations et une prorogation du délai de soumission lorsque le dossier de sollicitation est modifié au point que les informations initialement publiées deviennent substantiellement inexactes.) Par conséquent, la description de l'objet du marché sera généralement formulée de manière fonctionnelle ou en termes de résultats et comprendra des exigences techniques minimales pour permettre les modifications de produits ou l'utilisation de solutions techniques de remplacement, comme le décrit le commentaire sur les précédents articles de ce chapitre.

C. Points concernant les procédures d'accords-cadres qu'il est proposé d'examiner dans la section du Guide qui traite des modifications par rapport au texte de 1994

La Loi type de 1994 ne prévoyait pas le recours aux accords-cadres. Leur utilisation a considérablement augmenté depuis son adoption et, dans les systèmes où ils existent, une partie importante des passations peut désormais être réalisée par cette méthode. Il est vrai que certains types d'accords-cadres pourraient fonctionner en l'absence de dispositions sur la question dans la Loi type. La CNUDCI estime que le recours aux accords-cadres pourrait améliorer l'efficacité des passations et en outre renforcer la transparence et la concurrence dans la passation des marchés de faible valeur qui, dans de nombreux pays, sortent du champ d'application de nombreuses dispositions d'un système de passation. En effet, le regroupement des marchés de faible valeur peut en faciliter le contrôle. La CNUDCI a donc prévu des

[17] Il faudrait examiner la nécessité de modifier l'intitulé de cet article pour mieux refléter son contenu.

dispositions particulières à leur égard pour en promouvoir une utilisation appropriée et faire en sorte que les questions particulières soulevées par ces accords fassent l'objet d'un traitement adéquat.

III. SÛRETÉS

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010) (A/CN.9/714)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Organisation de la session	5-10
III.	Délibérations et décisions	11
IV.	Inscription des sûretés réelles mobilières	12-47
	A. Généralités (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 1 à 5)	12-13
	B. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 6 à 18)	14-16
	C. Finalité d'un registre des sûretés (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 19 à 60)	17
	D. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 61 à 73)	18-24
	E. Règles juridiques applicables aux processus d'inscription et de recherche (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 1 à 68)	25-27
	F. Conception, administration et fonctionnement du registre (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 69 à 88)	28-29
	G. Autres questions (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 89 à 93)	30
	H. Projet de règlement type (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.2)	31-33
	I. Coordination avec les textes de la CNUDCI sur les communications électroniques	34-47
V.	Travaux futurs	48

I. Introduction

1. À sa présente session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a commencé à élaborer un texte sur l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières, conformément à une décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session, en 2010[1]. Cette décision se fondait sur l'idée qu'un tel texte compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés[2].

2. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a noté avec intérêt les thèmes des travaux futurs examinés par le Groupe de travail VI à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126, respectivement). À cette session, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés[3]. Conformément à cette décision[4], le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010). Plusieurs thèmes y ont été examinés, notamment l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ont participé à ce colloque des experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé. On trouvera les exposés présentés lors du colloque à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

3. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors du colloque. La Commission est convenue que toutes les questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner à une session ultérieure sur la base de notes que le Secrétariat établirait dans les limites des ressources existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[5].

4. La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et un règlement type; et b) se fonder sur le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*"), sur des textes établis par

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 268.
[2] Ibid., par. 265.
[3] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.
[4] Ibid.
[5] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.

d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*[6].

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, qui comprenait tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-huitième session à Vienne du 8 au 12 novembre 2010. Ont participé à la session des représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Botswana, Brésil, Bulgarie, Canada, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Jordanie, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Sri Lanka, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Guatemala, Indonésie, Irlande, Lituanie, Malawi, Panama, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Tunisie et Yémen.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Ligue des États arabes;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association des industries de marque (AIM), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Center for International Legal Studies (CILS), Commercial Finance Association (CFA), Fédération internationale des associations de distributeurs de films (FIAD), National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT), New York City Bar (NYCB) et Union internationale des avocats (UIA).

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

Président: M. Rodrigo LABARDINI FLORES (Mexique)

Rapporteur: M. Cyprian KAMBILI (Malawi)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.43 (Ordre du jour provisoire), A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2 (Inscription des sûretés réelles mobilières).

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

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.

---

[6] Ibid., par. 266 et 267.

4. Inscription des sûretés réelles mobilières.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2). Ses délibérations et décisions sont exposées ci-après au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ces délibérations et décisions.

IV. Inscription des sûretés réelles mobilières

A. Généralités (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 1 à 5)

12. Dès le début, le Groupe de travail s'est déclaré largement favorable à un texte sur l'inscription d'un avis sur les sûretés réelles mobilières. Il a été dit que l'expérience montrait clairement qu'une loi sur les opérations garanties ne pouvait atteindre ses objectifs que si elle était complétée par un système d'inscription efficace. On a aussi fait observer que même s'il existait des textes régionaux concernant de tels systèmes d'inscription, il fallait un texte international qui compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés.

13. Pour ce qui est de la forme et de la structure précises du texte à élaborer, le Groupe de travail, rappelant les avis exprimés à la quarante-troisième session de la Commission[7], a adopté l'hypothèse de travail selon laquelle ce texte serait un guide sur la mise en place d'un registre des avis concernant les sûretés réelles mobilières. En outre, il est généralement convenu que le texte pourrait comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire et éventuellement des recommandations concernant les règles d'inscription. Il est aussi convenu que le texte devrait être conforme au *Guide*, tout en tenant compte des approches adoptées par les systèmes modernes d'inscription des sûretés réelles mobilières, nationaux comme internationaux. À cet égard, il a été dit que conformément à la recommandation du *Guide* sur la mise en place d'un système d'inscription "si possible" électronique (voir al. j) de la recommandation 54), le texte devrait prévoir un registre électronique moderne, tout en tenant compte de la nécessité de disposer d'un système d'inscription hybride où les parties pourraient au moins inscrire un avis sur papier. On a aussi fait observer que la coordination entre les registres était également une question importante qui devrait être examinée. À cet égard, le Groupe de travail a pris note avec intérêt du projet de règlement type contenu dans

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 266.

le document A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.2. On a estimé que le règlement type pourrait être un bon point de départ pour la discussion.

B. Introduction (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 6 à 18)

14. En ce qui concerne le paragraphe 14, les propositions suivantes ont été faites:

a) L'"efficacité juridique" dont il est question à l'alinéa a) ne devrait pas se limiter aux aspects liés à l'inscription et à la recherche mais couvrir également tous les services connexes du registre (par exemple la délivrance de certificats); et

b) À l'alinéa c), il serait préférable de remplacer les mots "égalité de traitement" par une formule du type "équilibre entre les intérêts des différents constituants".

15. Il a été convenu que, par souci de cohérence avec la terminologie employée dans le *Guide*, il faudrait employer dans le texte le terme "avis" mais on pourrait expliquer qu'il fait référence à des informations, précision qui pourrait être rappelée aux endroits appropriés du texte. Il a aussi été convenu que, comme l'inscription d'un avis relatif à une sûreté pouvait être un concept nouveau dans de nombreux systèmes juridiques, il faudrait l'expliquer plus en détail.

16. En réponse à une question, il a été noté que, selon le *Guide*, le conservateur du registre pourrait demander l'identité de la personne procédant à l'inscription mais pas exiger la vérification de son identité ni l'autorisation du constituant pour procéder à l'inscription (voir l'alinéa d) de la recommandation 54 et l'alinéa b) de la recommandation 55). Il a été dit que cette solution avait été retenue dans le *Guide* parce que la participation du conservateur du registre ou du constituant au processus d'inscription en réduirait l'efficacité, alors qu'une utilisation abusive du système pourrait être régie par d'autres textes de loi prévoyant des demandes d'indemnité et des sanctions.

C. Finalité d'un registre des sûretés (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 19 à 60)

17. Plusieurs suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Au paragraphe 19, il faudrait faire référence à la loi recommandée dans le *Guide* plutôt que de renvoyer d'une manière générale aux régimes modernes d'opérations garanties;

b) Au paragraphe 22 (et au paragraphe 36), étant donné que le *Guide* entend par sûreté réelle mobilière un droit constitué par une convention, il faudrait faire référence aux créances privilégiées légales ou à une notion similaire plutôt qu'aux sûretés légales, et le paragraphe 22 devrait être modifié afin qu'il soit clair qu'il donne en exemple la solution retenue dans certains systèmes juridiques mais ne recommande pas d'inclure les créances privilégiées légales dans le champ d'application du registre;

c) Au paragraphe 24, la référence aux gages fictifs n'est peut-être pas nécessaire et il faudrait préciser la dernière phrase en expliquant que la dépossession

du constituant pourrait également avoir pour effet d'assurer que les biens ne seront ni endommagés ni dépréciés;

d) Au paragraphe 25, il faudrait préciser que les gages avec dépossession ne sont "possibles" (et non pas qu'ils "présentent un intérêt pratique") que si le bien est susceptible d'être effectivement remis, et que des biens tels que des stocks pourraient difficilement être utilisés comme actifs circulants si le créancier garanti en prenait possession;

e) Au paragraphe 28, il faudrait faire référence au problème de manque de "transparence" ou de "sécurité juridique" (et non de "confidentialité") posé par les sûretés réelles mobilières sans dépossession;

f) Au paragraphe 29, il faudrait ajouter un renvoi à l'examen des biens soumis à inscription dans un registre spécialisé et aligner la référence au montant maximum de l'obligation garantie sur l'alinéa d) de la recommandation 57, qui le mentionne à titre facultatif;

g) Au paragraphe 34, il faudrait indiquer que dans la pratique, pour qu'un créancier obtienne une sûreté grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition, le consentement d'une partie inscrite finançant les stocks pourrait être nécessaire (même si, aux termes de la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription d'un avis et une simple notification des parties finançant les stocks suffisent);

h) Au paragraphe 37, il faudrait préciser que la préinscription d'une sûreté est également possible, même si la priorité entre sûretés réelles mobilières concurrentes est établie en fonction de l'ordre d'inscription ou de l'ordre dans lequel elles ont été rendues opposables par transfert de possession;

i) Au paragraphe 40, pour préciser le lien entre la règle de priorité applicable au cours normal des affaires et les stocks, il faudrait renvoyer au débat sur l'inscription de biens portant un numéro de série;

j) Au paragraphe 44, il ne faudrait pas mentionner la possibilité pour les États d'exclure du champ d'application du registre les sûretés soumises à inscription dans un registre spécialisé, cette suggestion étant contraire à certaines recommandations du *Guide* (voir recommandations 4, alinéa a), 38, 77 et 78);

k) Au paragraphe 47, il faudrait mentionner la loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant une propriété intellectuelle (voir recommandation 248) et des exemples pourraient être ajoutés pour expliquer les différentes règles;

l) Au paragraphe 48, il faudrait préciser que la question est de savoir si le bénéficiaire d'un transfert sachant qu'un bien est grevé par une sûreté non inscrite devrait acquérir ce bien libre de toute sûreté;

m) Le paragraphe 49, qui prévoit une exception à la règle de priorité relative au cours normal des affaires, devrait être supprimé, étant donné qu'il traite d'une question différente de celle examinée au paragraphe 40;

n) Au paragraphe 50, il faudrait préciser que, même si l'inscription est réputée informer les tiers, la priorité d'une sûreté devrait se fonder sur une règle claire et simple et non sur des notions de connaissance présumée;

o) Au paragraphe 51, il faudrait préciser que l'inscription d'une sûreté entraîne son opposabilité, notamment aux créanciers judiciaires et au représentant

de l'insolvabilité du constituant, et que si la sûreté n'était pas inscrite ou autrement rendue opposable, le créancier garanti serait relégué de fait au rang de créancier chirographaire en cas d'insolvabilité du constituant;

p) À la dernière phrase du paragraphe 54, il faudrait expliquer qu'un avis informe de l'existence "éventuelle" d'une sûreté parce qu'il peut avoir été inscrit avant la constitution d'une sûreté (voir recommandation 68) ou le rester après que l'obligation garantie a été exécutée;

q) Au paragraphe 56, il faudrait préciser que si une sûreté n'était pas inscrite ou autrement rendue opposable, le créancier garanti serait relégué de fait au rang de créancier chirographaire;

r) Aux paragraphes 56 et 57, il faudrait faire référence au champ d'application de la loi recommandée dans le *Guide*, qui pourrait inclure ou non les biens soumis à inscription dans un registre spécialisé (voir recommandation 4, al. a)), à la priorité accordée à une sûreté inscrite dans un registre spécialisé comme un moyen de coordonner les registres, aux systèmes de recherche communs comme un autre moyen de coordonner les registres et au fait que le *Guide* ne recommande pas le recours aux registres spécialisés mais traite simplement des questions de coordination lorsque ces registres existent dans un État ou dans un autre;

s) Au paragraphe 59, il faudrait expliquer que l'inscription d'un avis diffère de l'inscription de documents et le passage sur l'inscription d'avis concernant des sûretés sur des biens meubles et immeubles dans le même registre devrait être clarifié ou supprimé; et

t) Au paragraphe 60, il faudrait indiquer si une personne acquérant des biens immeubles obtiendrait ces biens libres de sûreté à moins que celle-ci ne soit inscrite dans le registre immobilier, et mentionner également le projet de règlement relatif à l'inscription d'une sûreté sur un bien rattaché à un immeuble.

D. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 61 à 73)

18. Plusieurs suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Au paragraphe 62, il faudrait préciser que le registre fournit l'enregistrement d'une sûreté "possible" sur tout bien détenu par le constituant à ce moment ou qu'il pourrait acquérir dans le futur, et que le constituant pourrait être le propriétaire des biens grevés ou simplement avoir le pouvoir de les grever; et

b) Au paragraphe 63, il faudrait préciser que l'inscription n'est normalement pas exigée pour les baux véritables et qu'en ce qui concerne ceux-ci, elle constitue simplement une mesure de protection au cas où un tribunal estimerait que ce qui semble être un bail véritable est en réalité une opération garantie.

19. Pendant l'examen des paragraphes 64 à 68, divers avis ont été exprimés sur la question de savoir si l'inscription de certains types de biens (tels que les véhicules automobiles et le matériel de grande valeur pour lesquels il existait un marché de revente) devrait être indexée et pouvoir être retrouvée à l'aide du numéro de série. Selon un avis, cette démarche était contraire à l'alinéa h) de la recommandation 54, selon laquelle les avis seraient indexés et retrouvés à partir de l'identifiant du

constituant. On a estimé que l'identification par numéro de série présentait un inconvénient car elle imposait une charge supplémentaire à la personne procédant à l'inscription et limitait la possibilité d'inscrire des avis concernant des biens futurs et un ensemble fluctuant de biens (tel que des stocks), puisque le créancier garanti devrait modifier l'inscription et saisir le numéro de série des biens chaque fois que le constituant en acquerrait. Il a été répondu à cela que le texte sur l'inscription ne recommandait pas l'inscription du numéro de série pour les stocks.

20. Selon un autre avis, le commentaire du *Guide* examinait la possibilité d'une indexation complémentaire des biens durables de valeur élevée pour lesquels il existait un marché de revente (mais pas les stocks; voir le *Guide*, chap. IV, par. 34 à 36) et le commentaire accompagnant le texte sur l'inscription devait donc également examiner cette question d'une manière qui soit conforme au *Guide*. Il a été dit que le principal avantage d'une indexation par biens et d'une recherche par numéro de série était de permettre à une personne effectuant des recherches de retrouver des sûretés constituées par les prédécesseurs en titre d'un bénéficiaire d'un transfert, ce qui serait difficilement concevable sans un tel système d'indexation puisque l'avis ne contiendrait que le nom du constituant original et non celui du bénéficiaire.

21. On a également fait remarquer que le commentaire devrait préciser quelles seraient les conséquences si la personne procédant à l'inscription n'indiquait pas le numéro de série des biens grevés. Toutefois, différents avis ont également été exprimés sur ce point. Selon un avis, si la personne procédant à l'inscription n'indiquait pas le numéro de série des biens grevés, l'inscription ne devrait pas être privée d'effet et il ne devrait pas y avoir d'incidence sur la priorité. Selon un autre avis, si cette solution était retenue, la référence au numéro de série serait inutile, les personnes procédant à l'inscription ne le mentionneraient pas et le problème de l'identification des sûretés constituées par les prédécesseurs en titre du constituant ne pourrait pas être résolu. Il a été dit que le texte sur l'inscription devrait examiner la solution retenue dans certains systèmes juridiques, selon laquelle a) la non-inscription du numéro de série des biens grevés rendait la sûreté inopposable à l'acheteur de ces biens; et b) le créancier garanti ultérieur ayant inclus dans l'inscription le numéro de série des biens grevés devrait avoir la priorité sur un créancier garanti antérieur n'ayant pas inclus cette information dans son avis. On a fait observer que cette approche avait été retenue pour les véhicules automobiles et le matériel de grande valeur pour lesquels il existait un marché de revente dans les systèmes juridiques dépourvus d'un système de certificat de propriété permettant de rendre une sûreté opposable par une annotation sur le certificat.

22. En outre, en ce qui concerne les paragraphes 64 à 68, les suggestions suivantes ont été faites:

a) Il faudrait faire référence à la possibilité de coordonner des registres de constituants et des registres de biens permettant l'indexation par numéro de série;

b) Il faudrait faire référence à l'identification alphanumérique, puisque les numéros de série comprennent des chiffres et des lettres;

c) La référence aux numéros de série devrait être étendue à d'autres méthodes alphanumériques d'identification des biens (un bien pourrait avoir un numéro d'identification autre qu'un numéro de série);

d) S'agissant de la propriété intellectuelle, d'autres informations (par exemple, le titre d'une œuvre) pourraient être fournies puisque, dans certains cas, la propriété intellectuelle aurait une durée de vie plus longue que le constituant, et le commentaire devrait mentionner qu'un droit de propriété intellectuelle pourrait avoir plusieurs identifiants (par exemple, en ce qui concerne les brevets et les marques, un numéro est attribué au moment de la demande et un autre au moment de l'octroi);

e) Au paragraphe 68, la dernière phrase devrait être supprimée car elle contredit le *Guide*, qui exige toujours l'identifiant du constituant.

23. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les paragraphes 64 à 68 en tenant compte de toutes les suggestions faites, afin qu'il puisse se prononcer ultérieurement sur l'indexation et la recherche par numéro de série.

24. Concernant les paragraphes 69 à 73, plusieurs suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Au paragraphe 71, il faudrait préciser que l'inscription d'avis peut accroître les coûts des opérations pour les tiers effectuant des recherches puisque le registre ne contient qu'un minimum d'informations; en réponse, il a été dit que le *Guide* avait adopté l'inscription d'avis parce qu'elle réduirait le coût des opérations tant pour les personnes procédant à l'inscription (qui n'ont plus besoin d'inscrire tous les documents relatifs à la sûreté) que pour les tiers effectuant des recherches (qui n'accorderaient un crédit que si le constituant fournit les informations supplémentaires demandées);

b) Au paragraphe 72, il faudrait préciser qu'une inscription non autorisée ou frauduleuse ne donne aucun droit à la personne qui y a procédé, que le *Guide* prévoit une procédure permettant au constituant d'annuler ou de modifier une telle inscription et que toute autre mesure (de réparation ou de sanction) relève d'autres textes; et

c) À la dernière phrase du paragraphe 73, l'expiration d'une inscription devrait être expliquée par un renvoi à la recommandation 69 et la radiation d'une inscription par un renvoi aux recommandations 72 et 73.

E. Règles juridiques applicables aux processus d'inscription et de recherche (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 1 à 68)

25. Plusieurs suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Au paragraphe 2, il faudrait faire référence aux "sûretés existantes ou futures" et supprimer ou nuancer l'affirmation selon laquelle la mise en place du registre contribuerait à créer des emplois étant donné que, pour des raisons de coûts, un registre efficace devrait fonctionner avec des effectifs réduits;

b) Aux paragraphes 2 à 7, il faudrait préciser qui aurait le droit de procéder à l'inscription dans le cas où il y a des créanciers conjoints;

c) Au paragraphe 3, l'affirmation selon laquelle la personne ayant procédé à l'inscription initiale peut radier ou modifier cette inscription devrait être nuancée par une référence à certains systèmes juridiques;

d) Au paragraphe 4, dans la parenthèse de la deuxième phrase, il faudrait parler uniquement de convention antérieure à la sûreté et supprimer la référence à une convention postérieure, puisque la convention constitutive de sûreté constitue une autorisation suffisante, et supprimer la dernière phrase, incompatible avec la recommandation 71. Par ailleurs, la mise en place d'une ligne de communication entre le registre et le constituant pourrait générer des coûts supplémentaires et compliquer les choses;

e) Au paragraphe 7, il faudrait examiner la radiation ou la modification non autorisée ou erronée d'une inscription en faisant référence aux recommandations 72 à 74 et 96 et aux autres solutions retenues par les systèmes juridiques face au problème de la priorité d'une sûreté dont l'inscription est rétablie après interruption, vis-à-vis des créanciers garantis ou autres ayant acquis leurs droits entre-temps;

f) Au paragraphe 9, il faudrait mentionner la radiation ou la modification d'une inscription par le créancier garanti à la demande du constituant;

g) À la dernière phrase du paragraphe 10, il faudrait faire référence à la nécessité de procéder à des inscriptions multiples lorsqu'une convention constitutive de sûreté indique le montant maximum de l'obligation garantie et à une modification qui, conformément à la recommandation 70, prendrait effet au moment où elle est effectuée;

h) Au paragraphe 12, il faudrait préciser qu'une description sous la forme d'un numéro de série ne convient pas dans le cas d'un ensemble fluctuant de biens, tel que des stocks, et que l'adresse figurant dans le registre peut ne pas être suffisamment fiable pour qu'on puisse adresser des notifications légales au constituant;

i) Au paragraphe 13, il faudrait préciser que l'adresse du constituant est un des éléments à inclure dans un avis conformément à l'alinéa a) de la recommandation 57 et peut-être justifier cette approche;

j) Au paragraphe 14, il faudrait insister sur la règle selon laquelle c'est le nom du constituant (et non d'un autre débiteur) qui doit apparaître dans l'inscription;

k) Aux paragraphes 16 et 17, il faudrait préciser qu'il n'existe qu'une seule base de données pour les personnes physiques et morales et qu'il convient d'indiquer les noms d'une manière qui convienne indépendamment des conventions de formation des noms, qui peuvent varier d'un pays à l'autre;

l) Aux paragraphes 18 à 26, il faudrait préciser que la question de l'identification du constituant est traitée de manière descriptive (et non prescriptive), qu'en fin de compte, il appartiendra à chaque État de déterminer comment un constituant sera identifié (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale), et que conformément à l'alinéa a) de la recommandation 57 et à la recommandation 58, l'identification inexacte du constituant ne privera d'effet l'inscription que si l'avis ne peut être retrouvé par une personne effectuant une recherche à l'aide de l'identifiant correct;

m) Au paragraphe 22, il faudrait préciser que l'inexactitude des informations supplémentaires requises pour l'identification du constituant ne privera pas l'inscription d'effet et que si l'identifiant saisi par une personne effectuant une recherche est incorrect, c'est la manière dont le registre est conçu qui déterminera si la recherche aboutit à plusieurs noms similaires (auquel cas l'intéressé saisira d'autres informations pour affiner sa recherche) ou ne donne aucun résultat;

n) Au paragraphe 24, il faudrait faire référence aux entités juridiques ou personnes morales, la question de leur identification étant laissée au droit national des sociétés; et

o) Aux paragraphes 25 et 26, les consortiums, fiducies et entreprises individuelles ne devraient pas être assimilés à des personnes morales et il faudrait supprimer la référence au représentant de l'insolvabilité puisque, même en cas d'insolvabilité, une personne morale devrait être identifiée par son nom et non par celui du représentant de l'insolvabilité.

26. En outre, les suggestions suivantes ont été faites concernant les paragraphes 24 à 59:

a) S'agissant des identifiants des fiducies et des masses de l'insolvabilité, le paragraphe 25 devrait être aligné sur le paragraphe 22 du projet de règlement type;

b) Aux paragraphes 27 et 28, il faudrait préciser que:

i) Le paragraphe 27 énonce l'approche recommandée dans le *Guide* et le paragraphe 28 une autre approche;

ii) Les questions de savoir ce qui constitue une erreur et qui peut soulever la question devraient être examinées séparément; et

iii) Au paragraphe 27, il faudrait faire référence à l'identifiant "correct" du constituant (et non à l'identifiant "officiel") et, au paragraphe 28, les mots "un logiciel" devraient être remplacés par les mots "une logique de recherche";

c) Au paragraphe 29, il faudrait faire référence à la succursale de la banque ou autre institution financière qui a consenti le prêt et non à la banque ou autre institution financière dans son ensemble;

d) Le paragraphe 30 devrait être révisé de manière à souligner que la description d'un bien grevé est un élément essentiel de l'inscription, en précisant les raisons pour lesquelles c'est le cas;

e) Le paragraphe 30 devrait fournir des indications sur la signification de la description des biens grevés recommandée dans le *Guide* ainsi que des exemples de descriptions de biens générales et spécifiques;

f) Le paragraphe 32 devrait souligner que la description des biens grevés figurant dans l'avis doit correspondre à celle figurant dans la convention constitutive de sûreté et envisager les conséquences de situations où la description des biens figurant dans l'avis est plus large que celle autorisée par le constituant (par exemple, l'effet d'un tel avis, les voies de recours ouvertes au constituant et les mesures pouvant être prises contre le créancier garanti);

g) Au paragraphe 33, il faudrait mentionner les identifiants alphanumériques et les biens de valeur élevée pour lesquels il existe un marché de

revente, et le texte devrait être généralement conforme à l'examen du texte sur l'indexation complémentaire par bien (voir les paragraphes 19 à 21 ci-dessus);

h) Les paragraphes 37 et 38 devraient être révisés de manière à refléter plus nettement l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 39 et 40 et le commentaire s'y rapportant);

i) Les paragraphes 39 et 40 devraient être alignés plus étroitement sur les recommandations 64 et 65 concernant les indications incorrectes ou les descriptions insuffisantes de biens inscrits, et expliquer comment ces recommandations s'appliqueraient dans le cas d'une inscription concernant une sûreté sur le produit;

j) Au paragraphe 43, il faudrait mentionner la possibilité de combiner la durée standard et la durée librement choisie (qui est conforme au *Guide*) et préciser que le tarif proportionnel est en fait un tarif progressif destiné à dissuader les parties de choisir une durée excessive;

k) S'agissant des indications incorrectes de durée d'inscription figurant dans l'avis, il faudrait ajouter un nouveau passage s'inspirant de la recommandation 66 (concernant la protection des tiers qui se sont fiés à ces avis) et des commentaires du *Guide* à ce sujet (voir chap. IV, par. 89 à 91);

l) Aux paragraphes 44 et 45, il faudrait préciser que:

i) Le *Guide*, dans la recommandation 14 e), laisse aux États le soin de déterminer s'il faut indiquer dans l'avis le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée;

ii) Le montant maximum inscrit dans l'avis est le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée et non le montant maximum de l'obligation garantie;

iii) L'indication de ce montant maximum dans l'avis vise simplement à permettre aux constituants d'obtenir des crédits supplémentaires et à protéger les créanciers garantis subséquents qui se sont fiés à cette indication, comme le note la recommandation 66;

iv) Dans les cas où le montant maximum indiqué dans l'avis est supérieur au montant de l'obligation garantie, la sûreté n'est réalisable qu'à concurrence du montant réellement dû (capital, intérêts et dépenses engagées au titre de la convention constitutive de sûreté); et

v) Dans les cas où le montant maximum indiqué dans l'avis est inférieur au montant de l'obligation garantie, la sûreté ne serait réalisable qu'à concurrence de ce montant maximum de façon à protéger les tiers qui se fiaient à ce montant (entre le créancier garanti et le constituant, cependant, la sûreté serait réalisable à concurrence du montant intégral de l'obligation garantie);

m) Au paragraphe 46, il faudrait préciser qu'en tant que droit accessoire, la sûreté ne peut être transférée qu'avec l'obligation garantie et qu'une autre raison d'actualiser l'inscription dans ce cas est qu'autrement, l'auteur du transfert (et non son bénéficiaire) pourrait modifier ou annuler l'inscription;

n) Au paragraphe 47, il faudrait préciser la raison pour laquelle il faut procéder à une inscription en cas d'accord de cession de rang sans incidence sur les intérêts de tiers, que la modification d'une inscription aux fins de consigner un tel

accord n'est pas prévue dans le *Guide* et que ce paragraphe introduit donc une nouvelle suggestion que les États peuvent étudier, et que c'est le créancier garanti subordonné qui serait habilité à modifier l'inscription;

o) Aux paragraphes 48 et 49, il faudrait faire référence à la recommandation 62 et au commentaire correspondant du *Guide* accompagné d'exemples pertinents;

p) Au paragraphe 50, il faudrait préciser qu'on peut ajouter de nouveaux biens aux biens grevés mentionnés dans l'avis inscrit en modifiant celui-ci ou en en créant un nouveau et que, dans l'un ou l'autre cas, l'inscription de la modification ou du nouvel avis concernant les nouveaux biens grevés prend effet au moment où elle a été effectuée et devient accessible aux personnes effectuant des recherches;

q) Au paragraphe 51, il faudrait faire référence à une approche combinant les deux approches recommandées dans le *Guide* (voir recommandation 69), qui ne soit pas contraire à ces approches et en vertu de laquelle la personne qui procède à l'inscription pourrait choisir la durée d'effet de l'inscription à concurrence d'un nombre maximum d'années (voir al. j) ci-dessus);

r) Au paragraphe 52, il faudrait préciser qu'en vertu des recommandations 47 et 96, en cas d'expiration ou d'annulation erronées de l'inscription, il faut procéder à une nouvelle inscription et la priorité de la sûreté prend effet à la date de la nouvelle inscription;

s) Aux paragraphes 53 et 54, il faudrait préciser que:

i) Dans les cas où un avis est déposé sur papier, il y aurait un décalage entre la date d'inscription et celle à laquelle l'avis deviendrait accessible aux personnes effectuant une recherche;

ii) Dans ce cas, si l'inscription prenait effet à la date du dépôt, le risque de perte serait assumé par les tiers effectuant des recherches (qui ne pourraient pas retrouver l'avis avant qu'il soit saisi dans le registre), alors que si elle prenait effet à la date à laquelle elle devenait accessible aux personnes effectuant une recherche, le risque de perte serait assumé par le créancier garanti (dont la sûreté pourrait être de rang inférieur à celui de sûretés nées après mais inscrites avant celle du créancier garanti initial); et

iii) Les trois dernières phrases du paragraphe 54 devraient être révisées ou supprimées;

t) Au paragraphe 56, il faudrait que le texte suive de plus près celui de la recommandation 72; et

u) Au paragraphe 58, il faudrait aligner le texte sur celui du *Guide*, qui, recommandant l'inscription sans vérification de l'existence d'une autorisation du constituant, l'inscription avancée et l'inscription de sûretés potentielles sur des biens futurs ou non spécifiés afin de protéger les intérêts du constituant, privilégie des procédures simplifiées pouvant être administrées par le conservateur du registre ou par un autre organe administratif (voir chap. IV, par. 108).

27. En outre, en ce qui concerne les paragraphes 60 à 68, les suggestions suivantes ont été faites:

a) Au paragraphe 60, dans la dernière phrase, il faudrait préciser que la description des biens (numéro de série ou numéro d'inscription) n'est pas un critère de recherche;

b) Au paragraphe 62, il faudrait préciser, tout en insistant sur le souci de confidentialité des États, que l'approche adoptée par certains d'entre eux, consistant à exiger une autorisation pour effectuer des recherches (comme cela est décrit dans les trois dernières phrases), n'est pas compatible avec le *Guide*;

c) Au paragraphe 65, il faudrait également préciser, tout en démontrant l'utilité des numéros d'inscription comme critère de recherche, que ces numéros ne sont pas nécessairement accessibles aux tiers;

d) Au paragraphe 66, il faudrait préciser davantage l'expression "modification globale" et le rôle des prestataires de services, et souligner que si le créancier garanti demande une telle modification, le personnel du registre doit y donner suite sans exercer aucune discrétion; et

e) Au paragraphe 68, il faudrait faire référence à d'autres questions apparentées (entreprises étrangères, groupes multinationaux, utilisation de caractères spéciaux, entités pouvant être identifiées dans deux ou plusieurs langues) et à des solutions concrètes, et on pourrait renvoyer aux parties du texte traitant des questions relatives à l'identifiant du constituant.

F. Conception, administration et fonctionnement du registre (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 69 à 88)

28. Plusieurs suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Il faudrait développer le paragraphe 69 en expliquant les questions de conception, d'administration et de fonctionnement du registre examinées dans le *Guide*;

b) Les paragraphes 70 et 71 pourraient inclure un examen des meilleures pratiques;

c) Au paragraphe 73, il faudrait préciser l'expression "systèmes de communication spécialisés" en mentionnant par exemple les systèmes de réseau direct;

d) Au paragraphe 75, il faudrait préciser que pour préserver l'intégrité de la base de données du registre, les utilisateurs doivent pouvoir accéder à l'interface du registre mais non à la base de données, et que les utilisateurs occasionnels devraient être traités de la même façon que les utilisateurs fréquents;

e) Il faudrait nuancer le paragraphe 76 en expliquant que la méthode qui y est présentée n'est qu'un exemple de l'approche retenue dans certains systèmes juridiques;

f) Au paragraphe 79, il faudrait préciser que la capacité de stockage de la base de données dépend de la conception du système, c'est-à-dire de la possibilité

de procéder à une inscription sur papier ou uniquement sous forme électronique, et que cette capacité a augmenté grâce aux récents progrès de la technologie;

g) Il faudrait réviser le paragraphe 80 de manière à:

i) Remplacer le mot “piratage” par “brèche de sécurité”;

ii) Préciser que les bases de données peuvent être commerciales ou publiques et qu’il ne faut pas limiter la collecte de statistiques aux inscriptions et aux recherches; et

iii) Insister sur le principe de neutralité technologique;

h) Au paragraphe 83, il faudrait préciser qu’un registre utilise un serveur principal et un serveur secondaire où les données sont enregistrées simultanément et dispose en outre d’un serveur de secours pour les cas où ces deux serveurs tomberaient en panne (voir également par. 41 ci-après);

i) En ce qui concerne la responsabilité du registre et de son personnel, aux paragraphes 84 et 85, il faudrait préciser que:

i) Le paragraphe 84 est subordonné à l’énoncé de la fin du paragraphe 91 sur l’interdiction de tout contact entre le personnel du registre et les paiements de frais en liquide;

ii) Le droit commun de l’État relatif à la responsabilité régirait généralement ces questions (même lorsque ces fonctions sont déléguées à un organisme privé);

iii) Il faut établir une distinction entre la responsabilité du registre et celle de son personnel (selon également qu’il y a ou non supervision);

iv) En tout état de cause, poursuivre l’État en responsabilité demanderait beaucoup de travail;

v) Il n’y a aucune raison de limiter la responsabilité aux informations ou conseils “oraux”, comme le dit le paragraphe 85 (il faudrait également traiter le défaut d’accès);

vi) Il faudrait examiner la question plus en détail en se référant au commentaire correspondant du *Guide*; et

j) Au paragraphe 86, il faudrait souligner la nécessité de maintenir les frais d’utilisation du registre au niveau le plus bas permettant le recouvrement des coûts car la perception de frais, de taxes sur les opérations et d’autres frais accessoires (notarisation, par exemple) lors de l’inscription et d’autres formalités dissuaderaient fortement d’utiliser le registre et limiteraient l’impact bénéfique qu’il pourrait avoir sur l’offre de crédit et le coût du crédit.

29. Examinant la question de la responsabilité du registre, le Groupe de travail s’est penché sur les conséquences que pourraient avoir, en termes de priorité, des événements qui ne pouvaient être imputés au créancier garanti mais étaient dus par exemple à une défaillance du système. Des avis divergents ont été exprimés quant au fait de savoir si la recommandation 47 s’appliquait dans ce cas mais le Groupe de travail est convenu que les défaillances de système étaient rares et qu’il n’était donc pas nécessaire de tenter de résoudre cette question, du moins à sa présente session.

G. Autres questions (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 89 à 93)

30. En ce qui concerne le paragraphe 90, il a été suggéré que ce texte n'était peut-être pas nécessaire car l'identification, dans l'avis, d'une sûreté constituée en garantie du paiement d'une acquisition ne serait utile qu'aux créanciers garantis ayant déjà inscrit un avis concernant leur sûreté et tout créancier garanti ayant inscrit un avis ultérieurement aurait un rang de priorité inférieur.

H. Projet de règlement type (A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.2)

31. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des principales notions et questions traitées dans le projet de règlement type.

32. Plusieurs suggestions ont été faites, dont les suivantes:

a) Des définitions devraient être ajoutées au projet de règlement type, en particulier celles de termes non définis dans la partie terminologique du *Guide*, qui devraient être incluses comme il convient;

b) Le projet de règlement type devrait fournir des indications souples avec des options permettant de tenir compte des diverses approches retenues par les États et conformes à la loi recommandée dans le *Guide*;

c) L'article 3 devrait préciser que le conservateur adjoint a les mêmes pouvoirs que le conservateur;

d) Les articles 6 et suivants devraient préciser que les utilisateurs du registre peuvent y accéder de n'importe quel ordinateur et qu'un accord peut être nécessaire pour y accéder aux fins d'une inscription mais pas d'une recherche;

e) L'article 7 devrait présenter, concernant les frais de registre, plusieurs options tenant compte en particulier de la notion de recouvrement des coûts, du fait qu'il peut être tenu par l'État ou un organisme privé et du motif de la recherche;

f) L'article 8 devrait être aligné sur les recommandations 54 d) et 56 et inclure plusieurs options;

g) L'article 9 devrait être révisé de manière à souligner le principe de l'opposabilité par inscription d'un avis concernant une sûreté;

h) L'article 10 devrait être révisé de manière à indiquer le moment où l'inscription prend effet et préciser que le registre attribue une date et une heure à chaque inscription;

i) L'article 11 devrait être aligné sur la recommandation 69;

j) Dans les articles 14 et suivants, il faudrait faire référence à l'identifiant du constituant par souci de cohérence avec les termes employés dans la loi recommandée dans le *Guide*;

k) L'article 15 devrait être révisé de manière à prévoir la situation où le système du registre est conçu pour supprimer automatiquement un avis annulé ou arrivé à expiration;

l) L'article 18 devrait être révisé de manière à préciser que le contenu et l'exactitude des informations incombent à la personne qui procède à l'inscription et non au registre;

m) L'alinéa d) de l'article 19 devrait être aligné sur la recommandation 69;

n) L'article 20-1 devrait être aligné sur la recommandation 58;

o) Les articles 21 et 22 devraient être conservés mais révisés de manière à fournir des options tenant compte des conventions et règles de formation des noms des divers États;

p) Des formulaires d'inscription pourraient être inclus dans le projet de règlement, ce qui simplifierait l'élaboration des articles en ce qui concerne les identifiants des constituants et créanciers garantis et la description des biens grevés;

q) L'article 21-4 pourrait devoir être révisé de manière à éviter toute incohérence par rapport à la recommandation 59;

r) L'article 21-6 devrait se référer au moment de l'inscription, étant donné que celle-ci pourrait se faire avant l'opération et porter sur plusieurs opérations;

s) L'alinéa b) de l'article 22-2 devrait prévoir plusieurs possibilités afin que le système puisse recourir aux abréviations apparaissant dans le nom des entreprises ou les omettre automatiquement pour faciliter la tâche des personnes procédant à l'inscription ou effectuant une recherche;

t) L'alinéa g) de l'article 22-2 devrait préciser que le terme "représentant de l'insolvabilité", utilisé suivant la définition du *Guide*, désigne aussi bien une personne physique qu'une personne morale;

u) Les alinéas g) et h) de l'article 22-2 devraient être précisés de manière à indiquer que le constituant est la personne insolvable, qui doit être définie conformément à la loi de chaque État sur l'insolvabilité; et

v) À la fin de l'article 22, il faudrait ajouter une disposition sur le moment de l'inscription du même type que celle qui figure à l'article 21-6.

33. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser l'ensemble du projet de règlement type en tenant compte des vues exprimées et des suggestions faites pendant l'examen du texte et du commentaire s'y rapportant. Les États ont été invités à soumettre des observations écrites.

I. Coordination avec les textes de la CNUDCI sur les communications électroniques

34. Il a été noté que, comme le *Guide* était conforme aux principes directeurs des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique[8] (tels que le principe de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité des supports), le texte sur l'inscription devrait aussi être conforme à ces textes. Il a aussi été noté que, pour obtenir ce

[8] Les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique sont la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005), complétée par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001).

résultat, on pourrait tenir compte de la terminologie des textes de la CNUDCI sur le commerce électronique dans la formulation du texte sur l'inscription. S'agissant des questions de principe, il a été noté que les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique pourraient servir de point de départ à la discussion et que si le Groupe de travail estimait qu'une règle différente serait plus appropriée, il pourrait en expliquer la raison. Il a été largement convenu au sein du Groupe de travail que le *Guide* était conforme aux textes de la CNUDCI sur le commerce électronique et qu'il importait de conserver cette cohérence dans le texte sur l'inscription.

35. Le Groupe de travail a continué d'examiner les questions spécifiques se posant dans le texte sur l'inscription. Il a été noté qu'il convenait d'établir une distinction claire entre l'acception large du terme "système" utilisé dans le *Guide* pour désigner les différents ensembles de règles juridiques ainsi que les mécanismes et équipements, et son acception étroite, dans le texte sur l'inscription, désignant un ensemble de mécanismes, d'équipements et de programmes informatiques utilisés ensemble pour constituer un registre électronique des sûretés. Le Groupe de travail a généralement admis cette approche.

36. En outre, il a été noté que s'agissant de l'incidence d'une erreur dans les données d'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 27 à 29 et 39 à 42), l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, intitulé "erreur dans les communications électroniques", pourrait inciter les systèmes de registre à prévoir un mécanisme de correction des erreurs de saisie et permettre aux personnes procédant à l'inscription de corriger plus facilement ces erreurs sans devoir procéder à l'inscription d'un avis d'annulation ou de modification. Il a été largement estimé que l'article 14 de la Convention sur les communications électroniques n'était pas pertinent en ce qui concerne le texte sur l'inscription. Il a été dit que dans un contexte contractuel tel que celui envisagé par la Convention, il convenait qu'une personne puisse corriger informellement des erreurs figurant dans des communications électroniques mais que ce n'était pas le cas pour ce qui était du texte sur l'inscription puisqu'une fois l'avis soumis, les parties se fondaient sur celui-ci. En outre, on a fait observer que, pour préserver la fiabilité du registre, la correction d'un avis ne devrait se faire que par inscription d'un avis d'annulation ou de modification, ce qui, dans un contexte électronique, ne présentait aucune difficulté. On a en outre souligné qu'en tout état de cause les registres modernes sur les sûretés permettaient aux personnes procédant à l'inscription de vérifier et valider l'avis avant de le soumettre.

37. Il a été souligné en outre que, s'agissant du moment de la prise d'effet de l'inscription (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 53 et 54, et A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.2, art. 10), l'article 10 de la Convention sur les communications électroniques, intitulé "Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques", pourrait fournir des indications sur le sens de l'expression "saisies dans les fichiers du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans lesdits fichiers". De l'avis général, l'article 10 de la Convention et les notions d'expédition et de réception ne s'appliqueraient pas au moment de la prise d'effet de l'inscription pour ce qui est d'une sûreté possible. Bien qu'une approche souple ait été demandée à cet égard, on a généralement estimé que la question avait été examinée et résolue dans le *Guide* au moyen de la recommandation 70, selon laquelle le moment de la prise d'effet de

l'inscription était celui où l'avis inscrit devenait accessible aux personnes effectuant une recherche. Il a été expliqué que ce moment était celui ou l'avis était saisi dans l'index du registre et où les personnes effectuant une recherche pouvaient le retrouver.

38. En outre, il a été noté qu'un décalage (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 54) pourrait aussi se produire dans un système de registre électronique, au sens où le moment de la saisie de l'avis dans le fichier électronique sur une plate-forme en ligne pouvait toujours être différent de celui où un tiers pouvait rechercher l'information en utilisant une plate-forme similaire; la question pouvait donc se poser de savoir qui devrait supporter le risque dans de telles circonstances. De l'avis général, il n'y avait pas véritablement de problème à cet égard. Il a été dit que, comme le *Guide* le mentionnait, dans un système entièrement informatisé, le moment de l'inscription d'un avis et celui où il devenait accessible aux personnes effectuant une recherche étaient virtuellement identiques, et le problème du décalage pratiquement inexistant. On a également fait observer que, dans les systèmes permettant l'inscription d'avis sur papier, il y aurait inévitablement un retard mais que celui-ci ne devrait pas poser de problème dès lors que les personnes effectuant une recherche étaient informées de cette possibilité et que les avis leur devenaient accessibles dans l'ordre où ils avaient été inscrits.

39. Il a également été noté que, s'agissant de la conservation de l'information (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 70; voir aussi la recommandation 54 j) i) du *Guide*), il pouvait être fait référence à l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, portant sur la conservation des messages de données. Il a été généralement convenu dans le Groupe de travail que, puisque le *Guide* (voir recommandation 74) et le texte sur l'inscription traitaient tous deux de la conservation des avis, qu'ils soient sur papier ou sous forme électronique, il n'y avait pas d'incohérence entre le *Guide* ou le texte sur l'inscription et l'article 10 de la Loi type, auquel on pouvait utilement se référer (à condition de se référer principalement au moment où l'avis devient accessible aux personnes effectuant une recherche et non au moment de l'envoi ou de la réception).

40. Il a également été noté que l'utilisation décrite des codes d'accès et des mots de passe n'était qu'un exemple de méthode de préservation de la sécurité et de l'intégrité de la base de données du registre et ne devrait pas être considérée comme la seule recommandée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 76). Le Groupe de travail est convenu que cette approche correspondait aux vues exprimées lors de l'examen de la question à la présente session (voir par. 28, al. e) ci-dessus).

41. Il a également été noté qu'il convenait de nuancer l'affirmation selon laquelle les fichiers électroniques étaient moins vulnérables que les fichiers papier, étant donné qu'ils étaient par nature plus exposés au risque d'accès et de reproduction non autorisés (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, par. 83). Il a été convenu que cette affirmation pourrait être révisée de manière à souligner la nécessité de disposer de serveurs de secours pour protéger les données des pertes et des ingérences. Il a également été convenu que les fichiers informatisés, moins exposés à la dégradation physique que les fichiers papier, étaient cependant plus vulnérables aux accès non autorisés et aux ingérences.

42. Il a été noté qu'à l'article 8 b) du projet de règlement type, il fallait prendre garde à ne pas dissuader de recourir aux registres électroniques. Le sentiment

général était que l'article 8 b) était conforme à la recommandation 56 et correspondait exactement aux approches modernes concernant les registres électroniques de sûretés.

43. Il a été noté qu'en ce qui concerne l'article 10 du projet de règlement type, il pouvait être fait référence à l'article 10 de la Convention sur les communications électroniques. Se fondant sur une décision concernant le commentaire du texte sur l'enregistrement (voir par. 37), le Groupe de travail est convenu qu'une telle référence était superflue et pouvait même être source de confusion, étant donné que l'article 10 de la Convention portait sur le moment de l'inscription alors que la recommandation 70 portait sur le moment où un avis devenait accessible aux personnes effectuant une recherche.

44. Il a été noté que, s'agissant des articles 16 et 17, la question pourrait se poser de savoir s'il faudrait des règles distinctes fondées sur le motif de l'accès au registre (une règle pour l'inscription et une autre pour la recherche), étant donné que le système de registre pourrait être conçu de manière à fournir un accès général à finalités diverses. Le Groupe de travail est convenu que la différence des exigences de sécurité s'appliquant à l'inscription et à la recherche justifiait qu'il y ait des règles différentes.

45. On a noté qu'à l'article 16 du règlement type, l'attribution d'un code utilisateur et d'un mot de passe comme seul mode d'accès au registre pourrait être contraire au principe de neutralité technologique, étant donné qu'il existait de nombreux autres moyens de vérifier l'identité de la personne accédant au registre, notamment un système de vérification par des tiers. Le Groupe de travail est convenu que l'article 16 reflétait les méthodes standard utilisées par les registres des sûretés et n'allait pas à l'encontre du principe de neutralité technologique. Il a été dit qu'on pouvait faire référence à toute autre méthode pertinente mais que la vérification par des tiers n'était pas à l'ordre du jour car le processus de vérification devait être contrôlé par le registre.

46. Il a été noté qu'aux articles 21 et 22 du projet de règlement type, il fallait veiller à ne pas limiter les méthodes de saisie des informations concernant le constituant dans le fichier du registre, puisque cela pourrait être contraire au principe de neutralité technologique. Le Groupe de travail est convenu que les articles 21 et 22 étaient appropriés parce qu'ils tenaient compte des exigences du registre sans aller à l'encontre du principe de neutralité technologique.

47. Il a été noté que l'"avis" auquel il était fait référence à l'article 30, qui était différent de l'"avis" concernant la sûreté visée par l'inscription, pourrait simplement être remplacé par les mots "(notification de) confirmation" ou "(notification d') accusé de réception". Il a aussi été noté qu'à cet égard, le Groupe de travail voudrait peut-être examiner si l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, portant sur l'accusé de réception, pourrait s'appliquer dans le contexte d'un registre électronique. Le Groupe de travail est convenu que l'article 30 pourrait être révisé de manière à reprendre les termes utilisés dans le *Guide* et en particulier aux alinéas d) et e) de la recommandation 55. Il a été dit qu'une référence à l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'était pas nécessaire et pouvait même être source de confusion, puisque cet article se référait au moment de la réception et non au moment où un avis devient accessible aux personnes effectuant une recherche, comme le prévoit la recommandation 70.

V. Travaux futurs

48. Le Groupe de travail a noté que sa dix-neuvième session devait se tenir à New York du 11 au 15 avril 2011.

B. Note du Secrétariat sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Informations générales	1-5
I.	Introduction	6-18
II.	Finalité d'un registre des sûretés	19-60
	A. Introduction	19
	B. Fonction d'une sûreté	20-22
	C. Justifications du crédit garanti	23
	D. Sûretés avec dépossession et sans dépossession	24-26
	E. Risques juridiques que posent les sûretés réelles mobilières sans dépossession	27
	F. Comment un registre peut résoudre un risque juridique	28-29
	G. Portée opérationnelle du registre	30-36
	1. Approche générale: primauté du fond sur la forme	30-31
	2. Cessions pures et simples de créances	32
	3. Mécanismes de garantie avec réserve de propriété	33-34
	4. Baux véritables et ventes en consignation	35
	5. Sûretés non conventionnelles	36
	H. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription	37-46
	1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession	37
	2. Financement d'acquisitions	38
	3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires	39-41
	4. Comptes bancaires et titres	42
	5. Biens soumis aux registres spécialisés	43-45
	6. Autres exceptions	46
	I. Portée territoriale du registre	47
	J. Effet de la connaissance effective sur l'opposabilité et la priorité	48-49
	K. Inscription et principe de la connaissance présumée	50
	L. Inscription et insolvabilité	51-53
	M. Inscription et constitution d'une sûreté réelle mobilière	54

N. Inscription et réalisation 55
O. Sanctions en cas d'absence d'inscription 56
P. Relation entre le registre des sûretés et les registres spécialisés des biens meubles 57-58
Q. Relation entre le registre des sûretés et les registres immobiliers 59-60
III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace 61-73
A. Introduction 61
B. Déterminer la propriété de biens grevés 62-63
C. Indexation par constituant ou indexation par bien 64-68
1. Généralités 64-65
2. Indexation complémentaire par bien 66-68
D. Inscription d'avis ou inscription de documents 69-72
E. Le rôle du registre concernant les avis inscrits 73

Informations générales

1. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a noté avec intérêt les thèmes des travaux futurs examinés par le Groupe de travail VI à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126, respectivement). À cette session, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés[1]. Conformément à cette décision[2], le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010). Plusieurs thèmes y ont été examinés, notamment l'inscription des sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ont participé à ce colloque des experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé[3].

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors du colloque. La Commission est convenue que toutes les

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.
[2] Ibid.
[3] Les actes du colloque sont consultables à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une future session à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[4].

3. À cet égard, il a été largement estimé qu'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés. Il a été dit que la réforme du droit des opérations garanties ne pourrait être menée à bien sans la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières qui soit efficace et accessible au public. Il a également été souligné que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le *Guide*) ne traitait pas de façon suffisamment détaillée les diverses questions juridiques, administratives, infrastructurelles et fonctionnelles qui devaient être réglées pour mettre en place un tel registre avec succès et efficacité[5].

4. La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et des modèles de règles; et b) se fonder sur le *Guide*, sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé de charger le Groupe de travail d'élaborer un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[6].

5. La présente note est un texte de discussion préliminaire destiné à aider le Groupe de travail dans ses délibérations. Une fois que celui-ci se sera mis d'accord sur une hypothèse de travail concernant la forme et la structure du texte devant être établi, il voudra peut-être demander au Secrétariat d'établir ce texte.

I. Introduction

6. Le *Guide* traduit le fait que tous reconnaissent l'importance économique d'un cadre juridique moderne facilitant les opérations de financement garanties par des sûretés réelles mobilières. La mise en place d'un registre permettant au public de s'informer de l'existence éventuelle de sûretés grevant des biens meubles constitue un élément essentiel de la loi recommandée dans le *Guide* et d'une manière générale des réformes entreprises dans ce domaine.

7. Le chapitre IV du *Guide* contient déjà des commentaires et des recommandations concernant de nombreux aspects de l'inscription des sûretés. Cependant, pour comprendre les règles et les effets juridiques de l'inscription, ainsi que la portée d'un registre, le lecteur devrait avoir une connaissance relativement approfondie du *Guide* dans son ensemble. Par conséquent, il pourrait être utile

---

[4] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.
[5] Ibid., par. 265.
[6] Ibid., par. 266 et 267.

d'intégrer au début d'un texte sur l'inscription un bref résumé concernant la fonction juridique d'un registre des sûretés à l'intention des États qui ont adopté ou qui souhaitent adopter une législation moderne sur les prêts garantis qui soit conforme aux recommandations du *Guide*. Ce texte serait particulièrement utile aux non juristes contribuant au fonctionnement du registre, qui devront être dans une certaine mesure familiarisés avec le contexte juridique dans lequel celui-ci s'insère afin de bien pouvoir faire leur travail, ainsi qu'aux utilisateurs du registre et aux autres parties intéressées (voir par. 16 plus loin).

8. En outre, un registre des sûretés réelles mobilières présente des différences fondamentales avec les types de registres de la propriété et des droits grevant la propriété de biens immobiliers et de matériel de haute valeur tels que les navires que de nombreux États connaissent très bien[7]. Par conséquent, il pourrait être utile dans un texte sur l'inscription d'exposer en détail les caractéristiques fondamentales qui distinguent un registre des sûretés réelles mobilières des autres types de registres et qui contribuent à son bon fonctionnement, notamment les concepts tels que l'inscription d'avis et l'indexation par référence au constituant.

9. En outre, les règles juridiques applicables au processus d'inscription et de recherche ne sont généralement pas définies en détail dans le cadre législatif régissant les opérations garanties mais dans des règlements, des directives ministérielles et d'autres textes de niveau inférieur. Le chapitre IV du *Guide* contient des recommandations concernant les questions de politique générale associées à ces questions juridiques. Cependant, il pourrait être utile de donner dans un texte sur l'inscription des exemples concrets des types de règles juridiques, de règlements, de directives et de formulaires de présentation de demandes d'inscription et de recherche devant être rédigés dans le cadre du processus de mise en œuvre.

10. En outre, le chapitre IV du *Guide* ne traite pas, ou du moins pas dans tous les détails, la multitude de questions technologiques, administratives et opérationnelles que soulèvent l'élaboration et le fonctionnement d'un registre des sûretés efficace. Par conséquent, un texte sur l'inscription pourrait utilement compléter le *Guide*, premièrement en traitant de façon plus précise et plus développée ces questions pratiques et, deuxièmement, en expliquant la nécessité d'une stratégie de mise en œuvre faisant appel à une équipe comprenant différents types de spécialistes.

11. Il convient également de noter que l'expérience des États qui ont mis en place le type de système d'inscription complet qui est envisagé par le *Guide* montre que les progrès de l'informatique peuvent améliorer considérablement le fonctionnement des registres des sûretés. Ainsi, en ce qui concerne en particulier les aspects techniques de la conception et de l'exploitation des registres, un texte sur l'inscription pourrait donner des indications précieuses aux autres États en attirant leur attention sur ces précédents.

---

[7] Il convient de noter toutefois que dans certains États, des sûretés réelles mobilières et des droits sur des biens immobiliers peuvent être inscrits dans le même registre. Les règles régissant la description du bien grevé et les conséquences juridiques de l'inscription peuvent être différentes dans chaque cas, mais le principe fondamental – inscription d'avis et non de documents – est le même.

12. Outre celles du *Guide* proprement dit et en particulier de son chapitre IV, le texte sur l'inscription pourrait également développer et préciser les analyses et les approches d'autres sources internationales, dont les suivantes:

a) Les principes de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) pour la publicité des sûretés: Directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles (2004);

b) Définition de normes (2005);

c) Le guide de la Banque asiatique de développement sur les registres de biens meubles (2002);

d) Le Cadre commun de référence sur les principes, définitions et règles modèles du droit privé européen: section 3 du chapitre 3 (opposabilité) (inscription) du livre IX (sûretés réelles mobilières) (2010);

e) Le règlement-type de l'Organisation des États américains (OEA) concernant le registre créé en vertu de la Loi-type interaméricaine relative aux sûretés mobilières (octobre 2009);

f) La publication de la Société financière internationale (Banque mondiale) sur les régimes d'opérations garanties et les registres de sûretés (janvier 2010);

g) Le Traité instituant l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA): faits nouveaux concernant la mise en place d'un registre régional des sûretés; et

h) La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et ses protocoles instituant des registres *internationaux* (qui, bien que portant sur des biens et couvrant aussi des opérations autres que des opérations garanties, reposent sur l'inscription d'avis, cette inscription étant opposable et attributive de rang).

13. Les sources nationales et internationales susmentionnées ne concordent pas toujours avec les recommandations du chapitre IV du *Guide* concernant l'inscription. Par conséquent, le texte sur l'inscription pourrait exposer les raisons justifiant les choix de la CNUDCI par rapport aux autres solutions possibles.

14. En outre, un texte sur l'inscription pourrait énoncer un certain nombre de principes fondamentaux devant régir le processus de mise en œuvre du registre. Les débats relatifs à de tels principes pourraient par exemple porter sur les points suivants:

a) Efficacité juridique: les lignes directrices juridiques et opérationnelles régissant l'inscription et la recherche devraient être simples, claires et sûres;

b) Efficacité opérationnelle: le processus d'inscription et de recherche devrait être aussi rapide et économique que possible, eu égard à la nécessité de garantir la sécurité des informations inscrites dans le registre; et

c) Égalité de traitement des constituants et des utilisateurs: les constituants, les créanciers titulaires d'une sûreté et les réclamants concurrents éventuels sont tous concernés par la portée et le contenu des informations consignées dans le registre et ont tous intérêt à ce que ces informations soient facilement accessibles; le cadre juridique et opérationnel du registre devrait donc être conçu de manière à

respecter un juste équilibre entre les intérêts de tous les constituants et utilisateurs potentiels.

15. Un texte sur l'inscription pourrait également comprendre des commentaires, des modèles de règles concernant les aspects juridiques et pratiques du processus d'inscription et de recherche (à incorporer dans des lois ou des règlements) et des modèles de formulaires.

16. Parmi les lecteurs potentiels d'un texte sur l'inscription figurent tous ceux qui sont intéressés par l'élaboration et la mise en œuvre d'un registre des sûretés ou qui y participent activement, ainsi que ceux qui pourront être concernés par la mise en place d'un tel registre, notamment:

a) Les concepteurs du registre, y compris le personnel technique chargé de définir ou de mettre en œuvre les spécifications du matériel et du logiciel destinés à ce registre;

b) Les administrateurs et le personnel du registre;

c) Les utilisateurs du registre (fournisseurs de crédits, agences de notation du risque et représentants de l'insolvabilité, mais aussi toute personne dont les droits peuvent être affectés par des opérations commerciales mettant en jeu des biens meubles susceptibles d'être grevés par une sûreté);

d) La communauté juridique (notamment les juges, les arbitres et les avocats); et

e) Toutes les parties concernées par la réforme du droit des opérations garanties et l'assistance en la matière (par exemple la Banque mondiale, la BERD, la BAD et la Banque interaméricaine de développement).

17. Ces lecteurs potentiels ne seront pas tous rompus aux subtilités du droit du crédit garanti et pourront même ne pas avoir reçu de formation juridique. Par conséquent, l'idéal serait que le texte sur l'inscription soit rédigé dans un style simple et accessible et fasse appel à des moyens graphiques facilitant la lecture (par exemple des listes récapitulatives, des calendriers de mise en œuvre et des encadrés donnant des exemples concrets).

18. Comme le *Guide*, le texte sur l'inscription pourrait également être rédigé de manière à permettre son adoption par des États de différentes traditions juridiques. Par conséquent, si des règles et des formulaires d'inscription et de recherche sont fournis comme modèles dans le texte, ces modèles devraient utiliser une terminologie générique neutre pouvant être facilement adaptée à la tradition et au style de rédaction juridiques de chaque pays ainsi qu'aux conventions législatives locales concernant les types de règles qui doivent être incorporées dans la législation principale et celles qui peuvent l'être dans des règlements ou dans des directives ministérielles ou administratives de rang inférieur. Quoi qu'il en soit, un texte sur l'inscription doit indiquer clairement la portée des termes juridiques et techniques qu'il utilise et signaler les cas où ceux-ci n'ont pas le même sens que les termes similaires utilisés dans le *Guide*.

[*Note: Le Groupe de travail voudra peut-être noter à propos de la rédaction que si l'on utilise dans la présente note le terme "avis", qui est également employé dans le* Guide*, on utilise aussi lorsque cela est possible les termes "information inscrite dans le registre" ou "information inscrite". On a procédé ainsi parce que*

la personne procédant à l'inscription ne procède pas à l'inscription d'une sûreté ou d'un avis concernant une sûreté mais transmet une "information" au registre en vue de procéder à une "inscription". Ce n'est pas un avis mais une "information" qui est consignée dans la base de données du registre, ce qui a pour effet de créer une "inscription". S'il y a lieu, c'est cette "inscription" (et non l'avis d'inscription) qui est modifiée ou radiée. On consulte la base de données du registre pour déterminer s'il existe une inscription (et non un avis) concernant un constituant. Le Groupe de travail voudra donc peut-être se demander: a) si, conformément à la terminologie utilisée dans le Guide*, il faudrait utiliser le terme "avis" dans le texte sur l'inscription en en donnant une définition appropriée allant dans le sens indiqué plus haut; ou b) s'il faudrait, au lieu du terme "avis", utiliser un terme tel que "information inscrite dans le registre", "information inscrite" ou "information relative à l'inscription" en donnant là encore une définition appropriée indiquant que le sens de ce nouveau terme correspond à celui du terme "avis".*]

II. Finalité d'un registre des sûretés

A. Introduction

19. Un registre des sûretés n'est pas construit dans le vide mais fait partie intégrante du contexte juridique et économique d'ensemble dans lequel s'inscrit le régime de financement garanti dans un État. Or, il se peut que ceux qui contribuent à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un registre des sûretés ainsi que les utilisateurs potentiels de ce registre ne soient pas rompus aux complexités du financement garanti. Par conséquent, un texte sur l'inscription pourrait donner une vue d'ensemble du crédit garanti et de la fonction juridique de l'inscription dans une législation moderne sur le financement garanti. Tel est l'objectif du présent chapitre.

B. Fonction d'une sûreté

20. Bien que la terminologie juridique puisse varier, le principe fondamental des sûretés est essentiellement le même partout. Une sûreté est un type de droit réel conféré à un créancier pour garantir le paiement d'un prêt ou d'une autre obligation (voir le terme "sûreté réelle mobilière" dans l'introduction du *Guide*, section B). Une sûreté réduit le risque de perte imputable à un défaut de paiement en autorisant le créancier à faire valoir des droits sur la valeur des biens grevés comme autre moyen de se faire rembourser. Par exemple, si une entreprise ayant contracté un emprunt garanti par une sûreté prise sur son matériel ne rembourse pas cet emprunt, le créancier garanti aura le droit de faire saisir et vendre ce matériel afin d'obtenir le remboursement du solde non acquitté. La caractéristique essentielle d'une sûreté est qu'elle confère généralement au créancier qui en est titulaire un rang de priorité plus élevé que les autres réclamants concurrents pour le recouvrement de la valeur des biens grevés. Comme le risque de perte en cas de défaut de remboursement est atténué, le débiteur peut bénéficier de conditions de crédit plus favorables (par exemple, le taux d'intérêt peut être plus faible, le montant du crédit plus élevé et la période de remboursement plus longue).

21. Une sûreté naît généralement d'un contrat (convention constitutive de sûreté) par lequel le constituant accepte que des biens spécifiés servent à garantir

l'exécution d'une obligation précise. Cette obligation peut être un prêt ou une facilité de crédit telle que les lignes de crédit généralement offertes par les institutions financières. Dans d'autres cas, il peut s'agir d'un crédit octroyé en liaison avec l'acquisition de marchandises par le constituant. Par exemple, un vendeur peut conserver la propriété de biens vendus à crédit afin de garantir le paiement du prix d'achat (la question de la réserve de propriété dans une législation moderne sur les opérations garanties est traitée dans le chapitre IX du *Guide*; voir également plus loin les paragraphes 23 et 24).

22. Parfois, des sûretés sont constituées directement par la loi et non par la volonté des parties. Par exemple, dans de nombreux États, une sûreté est constituée par l'effet de la loi sur les biens de personnes débitrices d'un organisme public du fait du non-paiement d'impôts ou de redevances. En outre, dans d'autres États, lorsqu'une décision de justice a été rendue en sa faveur, une personne peut se voir conférer par l'effet de la loi une sûreté sur les biens du débiteur concerné par cette décision pour garantir le paiement de la dette qui en fait l'objet. En outre, dans certains États, les personnes effectuant des réparations sur des biens meubles corporels (par exemple des véhicules) se voient conférer par la loi une sûreté sur ces biens afin de garantir le paiement des frais de réparation non acquittés au moment de la restitution au client.

C. Justifications du crédit garanti

23. Les entreprises commerciales ont généralement besoin d'un appui financier pour couvrir leurs dépenses de démarrage et d'expansion et acquérir ou produire le matériel, les stocks et les services avec lesquels elles espèrent réaliser des bénéfices. Par conséquent, le crédit est important pour financer le développement d'activités commerciales productives. Les consommateurs peuvent eux aussi avoir besoin d'accéder au crédit pour acquérir des biens tels que des appareils ménagers et des véhicules à moteur. Comme on l'a déjà indiqué, il est probable qu'un créancier qui ne peut se fier qu'à la promesse de remboursement de l'emprunteur n'accordera qu'un crédit d'un montant limité pour une courte durée à un taux d'intérêt élevé, et ce uniquement si l'emprunteur est réputé solvable. Les sûretés permettent d'obtenir plus facilement des crédits à un coût moins élevé et pour des durées plus longues car elles offrent aux bailleurs de fonds une protection supplémentaire contre le risque de défaut de paiement. De fait, un grand nombre de consommateurs et de petites et moyennes entreprises n'ont pas accès au crédit s'ils ne sont pas en mesure de constituer des sûretés sur leurs biens (voir l'introduction du *Guide*, par. 1 à 11).

D. Sûretés avec dépossession et sans dépossession

24. Le gage classique avec dépossession est une forme de sûreté qui est reconnue depuis longtemps par les systèmes juridiques (voir chap. I du *Guide*, par. 51 à 59). Dans une opération sur gage (hormis les opérations sur gage fictives et les opérations sur gage dans le cadre desquelles la possession effective ne change pas de main), le constituant remet la possession effective du bien grevé au créancier garanti. L'obligation de remettre la possession a pour effet de donner au créancier garanti l'assurance que le débiteur n'a pas déjà grevé le bien en faveur d'un autre créancier. La dépossession du débiteur permet également d'avertir les acheteurs

potentiels et d'autres cessionnaires que le constituant ne détient plus un droit de propriété non grevé sur le bien.

25. Cependant, les gages avec dépossession ne présentent un intérêt pratique que si le bien est susceptible d'être effectivement remis. Cela exclut de nombreux types de biens meubles, notamment les biens futurs du constituant (c'est-à-dire les biens acquis ou produits après la constitution d'une sûreté; voir chap. I du *Guide*, par. 8), ainsi que ses biens entièrement incorporels, tels que des créances ou des droits de propriété intellectuelle. Même si la remise de possession est possible, le créancier garanti ne sera habituellement pas en mesure de stocker, d'entretenir et d'assurer des biens volumineux ou qui circulent constamment, comme des stocks. Enfin, la remise de possession peut aller à l'encontre de l'objectif du financement. Une entreprise a besoin de rester en possession de son matériel, de ses stocks et autres biens commerciaux pour générer des revenus qui lui permettront de payer l'obligation garantie. De même, le fait de différer la remise de biens corporels dont l'achat a été financé par un crédit garanti priverait les consommateurs de l'utilisation et de la jouissance immédiates de ces biens (les avantages et les inconvénients des gages avec dépossession sont examinés aux paragraphes 51 à 59 du chapitre I du *Guide*).

26. Étant donné les limites des sûretés avec dépossession, les législations modernes sur les opérations garanties permettent généralement de constituer une sûreté sans qu'il soit nécessaire de remettre la possession du bien grevé au créancier garanti. Un régime juridique reconnaissant les sûretés sans dépossession a également tendance à faciliter l'accès au crédit en élargissant l'éventail des biens qu'une entreprise peut offrir en garantie. Une entreprise peut grever ses biens incorporels en plus de ses biens corporels ainsi que ses biens futurs (en particulier ses créances et ses stocks) en plus de ses biens actuels (pour ce qui est des biens sur lesquels une sûreté peut être constituée, voir la recommandation 17 du *Guide*; en ce qui concerne en particulier la constitution de sûretés sur l'ensemble des biens d'un constituant, voir les paragraphe 61 à 70 du chapitre II du *Guide*). Les sûretés sans dépossession facilitent également l'accès des consommateurs au crédit car elles permettent à ceux-ci de prendre immédiatement possession de biens financés par un prêt ou une facilité de crédit.

E. Risques juridiques que posent les sûretés réelles mobilières sans dépossession

27. La sûreté réelle mobilière en tant que droit réel repose sur l'idée fondamentale qu'en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti a le droit de réclamer la valeur du bien grevé en priorité par rapport aux réclamants concurrents, y compris les acheteurs et les créanciers garantis ultérieurs, ainsi que les créanciers chirographaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant (voir les termes "réclamant concurrent" et "priorité" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Cependant, la reconnaissance des sûretés réelles mobilières sans dépossession pose des problèmes d'information pour les tiers. Il est important que d'éventuels acheteurs ou créanciers garantis puissent avoir la certitude que les biens qui se trouvent en la possession d'une personne ne sont pas grevés par une sûreté antérieure. Il est tout aussi important que les créanciers chirographaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant puissent savoir quels sont les biens du

constituant qui sont déjà grevés et ne pourraient donc pas satisfaire leur créance. Face à ces difficultés d'information, les systèmes juridiques peuvent être réticents à autoriser le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession à faire valoir sa sûreté à l'égard de réclamants concurrents qui acquièrent un droit sur le bien grevé sans savoir qu'il existe une sûreté antérieure. D'autre part, la valeur de la sûreté d'un créancier est réduite dans la mesure où des règles protégeant des tiers qui n'ont pas connaissance d'une sûreté antérieure leur permettent de réaliser leurs droits sur les biens grevés indépendamment de la sûreté antérieure prise sur ces biens.

F. Comment un registre peut résoudre un risque juridique

28. L'établissement d'un registre des sûretés permet aux États de résoudre le problème de la confidentialité que posent les sûretés réelles mobilières sans dépossession de manière à protéger aussi bien les droits des créanciers garantis que ceux des tiers. Si l'inscription est une condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté aux réclamants concurrents, les tiers peuvent se protéger en consultant le registre avant de s'intéresser aux biens du constituant. Les créanciers garantis ont eux aussi l'assurance qu'en respectant les délais d'inscription, leurs sûretés seront opposables aux réclamants concurrents ultérieurs. L'inscription est également une méthode transparente et équitable pour classer les sûretés lorsque le constituant a créé des sûretés sur un même bien en faveur de plusieurs créanciers garantis.

29. Pour bénéficier de ces avantages, l'établissement d'un registre doit être complété par un cadre juridique favorable. Plus particulièrement, la loi sur les opérations garanties dans le cadre de laquelle le registre est établi devra intégrer les trois règles de base d'une loi sur les opérations garanties fondée sur un registre. Premièrement, l'inscription est une condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté sans dépossession à des tiers (voir les recommandations 29 et 32 du *Guide*). Deuxièmement, le titulaire d'une sûreté sans dépossession qui a été inscrite a droit, en cas de défaillance du constituant, à la valeur du bien grevé, jusqu'à concurrence du montant maximum de l'obligation indiqué dans l'avis inscrit, en priorité par rapport aux réclamants concurrents ultérieurs (voir la recommandation 98 du *Guide*). Troisièmement, la priorité entre des sûretés sans dépossession inscrites sur un même bien est déterminée par l'ordre d'inscription (voir la recommandation 76 a) du *Guide*). Il s'agit là des règles de base, mais une loi moderne sur les opérations garanties comprendra toujours des dispositions particulières afin de favoriser d'autres objectifs de politique générale. La section suivante en offre des exemples types.

G. Portée opérationnelle du registre

1. Approche générale: primauté du fond sur la forme

30. Sous réserve des remarques précédentes, les régimes modernes sur les opérations garanties se fondant sur un registre ont une portée étendue et couvrent toutes les opérations servant de garantie, quelle que soit la forme de l'opération, le type de bien grevé ou d'obligation garantie ou la situation des parties (voir la recommandation 2 du *Guide*). Par conséquent, si, par exemple, un débiteur transfère la propriété d'un bien à un créancier dans le cadre d'une "vente" mais reste en

possession dudit bien, étant entendu qu'il pourra en recouvrer la propriété en s'acquittant de l'obligation dont il est redevable, la vente sera régie par les mêmes règles d'inscription et de priorité que celles qui s'appliquent aux sûretés nominales. Cette approche est nécessaire pour éviter de compromettre les avantages en matière de réduction des risques et de détermination de l'ordre de priorité que présente l'établissement d'un registre.

31. Cette approche ne signifie pas pour autant que les opérations de transfert de propriété régies par le régime d'inscription deviennent des opérations garanties. Par exemple, comme indiqué ci-dessous, les cessions pures et simples de créances doivent normalement être inscrites et certaines règles relatives aux opérations garanties s'appliquent également à ces opérations (voir la recommandation 3 du *Guide*); cependant, cela ne fait pas d'une cession pure et simple de créance une opération garantie, car cela aurait un effet indésirable et nuisible sur d'importantes pratiques relatives aux ventes pures et simples de créances telles que l'affacturage et la titrisation (voir chap. I du *Guide*, par. 25 à 31).

2. Cessions pures et simples de créances

32. Une cession pure et simple de créance créé les mêmes problèmes d'information pour les tiers que les sûretés réelles mobilières sans dépossession. Un créancier garanti ou un cessionnaire éventuels n'ont aucun moyen efficace de vérifier que les créances dues à une entreprise n'ont pas déjà été cédées. Si la possibilité de s'informer au sujet du débiteur des créances existe, dans la pratique cela n'est pas réalisable lorsque l'opération couvre des créances présentes et futures. Pour y remédier, le droit des opérations garanties étend souvent les règles d'inscription applicables aux sûretés réelles mobilières sans dépossession aux ventes pures et simples de créances, la priorité entre les créanciers garantis ou cessionnaires successifs des mêmes créances étant déterminée par l'ordre d'inscription.

3. Mécanismes de garantie avec réserve de propriété

33. Certains États ayant adopté une approche privilégiant le fond sur la forme pour caractériser un mécanisme de garantie aux seules fins du droit sur les opérations garanties limitent cette approche aux opérations impliquant la création d'une sûreté sur des biens appartenant déjà au constituant. Les opérations dans le cadre desquelles le créancier reste propriétaire d'un bien afin de garantir le paiement du prix d'achat en plusieurs versements par le débiteur (par exemple, les ventes avec réserve de propriété et le crédit-bail) se distinguent des mécanismes de garantie sur le plan des principes. Toutefois, même dans ces États, on reconnaît généralement que ces opérations posent les mêmes problèmes de publicité que les sûretés réelles mobilières sans dépossession. Sans règles d'inscription, un tiers n'aura aucun moyen de vérifier objectivement que des biens se trouvant en la possession d'une personne ne sont pas en fait la propriété d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur. Par conséquent, un régime moderne sur les opérations garanties fondé sur un registre inclut aussi souvent la réserve de propriété dans son champ d'application et fait de l'inscription une condition préalable pour que le vendeur ou le crédit-bailleur puisse faire valoir ses droits de propriété à l'égard de tiers.

34. Cependant, étant donné l'importance du crédit fournisseur, une législation moderne sur les opérations garanties aura tendance à exclure le vendeur ou le

crédit-bailleur de l'application de la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription (autrement dit, à donner au fournisseur un rang prioritaire). Dans le cas contraire, un créancier garanti préalablement inscrit ayant pris une sûreté sur les biens futurs d'un constituant serait en mesure de faire valoir sur ces biens une créance prioritaire sur celles du vendeur ou du crédit-bailleur. Cela serait malvenu pour les mêmes raisons qui justifient l'exception à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les titulaires de sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Premièrement, le débiteur a acquis le bien grâce au crédit accordé par le vendeur ou crédit-bailleur, et non grâce au crédit accordé par le créancier garanti préalablement inscrit. Deuxièmement, donner la priorité à une sûreté préalablement inscrite découragerait l'accès au crédit-vendeur et au crédit-bail. Partant, un régime moderne sur les opérations garanties protège le vendeur ou le crédit-bailleur si les délais d'inscription ont bien été respectés (voir, par exemple, la recommandation 180 du *Guide*).

4. Baux véritables et ventes en consignation

35. Les baux de longue durée et la vente en consignation de biens meubles ne permettent pas de garantir le prix d'achat des biens. Cependant, ils créent des problèmes de publicité analogues pour les tiers car ils obligent à distinguer le droit de propriété (dont le bailleur ou le consignateur sont titulaires) de la possession effective (par le preneur ou le consignataire). Pour y remédier, certains États élargissent à ces types d'opérations la portée du régime d'inscription et de priorité, applicable aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, aux transferts et aux mécanismes de garantie avec réserve de propriété.

5. Sûretés non conventionnelles

36. Un registre des sûretés réelles mobilières a pour vocation première de recevoir l'inscription de sûretés conventionnelles sans dépossession. Toutefois, comme indiqué précédemment, une sûreté peut également être créée par l'effet de la loi. En principe, les règles d'inscription et de priorité applicables aux sûretés conventionnelles peuvent aussi s'appliquer aux sûretés ainsi créées. Dans certains États cependant, certains types de sûretés non conventionnelles peuvent bénéficier d'une priorité spéciale par rapport à des sûretés conventionnelles, mêmes préalablement inscrites. C'est le cas par exemple des sûretés créées par l'effet de la loi pour garantir des paiements dus à l'État. En l'occurrence, l'État n'a pas besoin de procéder à l'inscription car la règle habituelle de détermination de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription ne s'applique pas.

H. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription

1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession

37. Bien que la plupart des opérations garanties impliquent des sûretés réelles mobilières sans dépossession, le gage sans dépossession est encore souvent utilisé pour certains types de biens, comme les biens personnels de luxe, les instruments négociables, les documents négociables et les titres représentés par un certificat. Les États qui ont instauré un système de registre permettent presque toujours de rendre

une sûreté opposable non seulement par inscription mais aussi par transfert de possession (voir la recommandation 37 du *Guide*). On considère que la dépossession du constituant est un moyen pratique suffisant de faire savoir aux tiers qu'il est peu probable que le bien concerné ne soit pas grevé. Dans ce type de cas, la priorité est établie en fonction de l'ordre respectif d'inscription ou de transfert de la possession. Cependant, pour certains types de biens, comme les instruments ou les documents négociables, une sûreté rendue opposable par transfert de possession a priorité même sur une sûreté préalablement inscrite (voir les recommandations 101 et 109 du *Guide*).

2. Financement d'acquisitions

38. La règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription signifie qu'une sûreté grevant les futurs biens d'une entreprise (c'est-à-dire des biens acquis ou créés après la constitution de la sûreté) pour laquelle un avis a été inscrit aura la priorité sur des sûretés grevant les mêmes biens qui ont fait l'objet d'un avis inscrit postérieurement. Cette règle générale est raisonnable car un créancier garanti ultérieur devrait pouvoir se protéger en consultant le registre avant d'accorder un crédit. Cependant, la plupart des lois modernes sur les opérations garanties reconnaissent la nécessité d'y déroger lorsque le créancier garanti ultérieur finance l'acquisition de nouveaux biens par le constituant (par exemple, des produits de consommation, du matériel ou des stocks). Étant donné que ces nouveaux biens n'auraient pas fait partie des actifs du constituant sans ce nouveau financement, on considère qu'il est juste que la partie qui en finance l'acquisition (le créancier garanti inscrit ultérieurement) ait sur la valeur de ces biens une créance prioritaire à celle du créancier garanti inscrit antérieurement. Donner la priorité aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions est aussi dans l'intérêt du constituant qui a ainsi accès à des sources diversifiées de crédit garanti pour financer de nouvelles acquisitions (voir le *Guide*, chap. IX).

3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires

39. Dans de nombreux États, un acheteur qui acquiert un bien sans savoir que celui-ci est grevé par une sûreté ("acheteur de bonne foi") l'acquiert libre de sûreté inscrite. Cette approche dispense l'acheteur potentiel de consulter le registre pour déterminer si une sûreté grève le bien qui l'intéresse et l'encourage même à ne pas le faire. Ce niveau élevé de protection des acheteurs basé sur des critères de connaissance subjectifs est incompatible avec un système de registre moderne visant à faciliter la publicité des sûretés et à établir des règles claires et objectives pour régler les conflits entre les réclamants concurrents. En pareil cas, les régimes modernes sur les opérations garanties permettent donc généralement au créancier garanti d'exercer un droit de suite sur le bien du constituant qui a été remis à l'acheteur (pour l'effet de la connaissance effective sur l'opposabilité et la priorité, voir également les paragraphes 48 et 49 ci-dessous).

40. Cependant, le droit général du créancier garanti de réaliser sa sûreté sur un bien grevé qui se trouve entre les mains d'un acheteur est soumis à une importante restriction. Les lois modernes sur les opérations garanties prévoient normalement qu'un acheteur qui acquiert un bien grevé dans le cours normal des affaires du constituant acquiert ce bien libre de toute sûreté, inscrite ou non (voir la recommandation 81 du *Guide*). Il n'est pas réaliste de croire que des acheteurs

faisant l'acquisition de biens auprès d'une entreprise qui a l'habitude de vendre le type de biens susceptibles de les intéresser, par exemple du matériel informatique, consulteront le registre avant de lancer l'opération. Il convient de noter que l'exception du cours normal des affaires protège généralement l'acheteur, même s'il connaît l'existence d'une sûreté antérieure inscrite, mais pas lorsqu'il sait également que la vente viole les droits conférés au créancier garanti par la convention constitutive de sûreté. Cette approche est compatible avec les attentes commerciales raisonnables tant du constituant que du créancier garanti. Un créancier garanti qui prend une sûreté sur les stocks d'un constituant le fait normalement en sachant que ces stocks pourront être vendus libres de la sûreté dans le cours normal des affaires du constituant. En effet, il faut que le constituant puisse vendre ses stocks pour générer les fonds nécessaires au remboursement du prêt garanti.

41. Les lois sur les opérations garanties étendent habituellement une protection similaire aux bénéficiaires du transfert et aux créanciers garantis concurrents auxquels de l'argent est versé ou en faveur desquels des documents négociables (tels qu'un connaissement) ou des instruments négociables (tels qu'un chèque) sont négociés (voir les recommandations 101 et 109 du *Guide*). En l'espèce, on considère que le fait de préserver sur le marché le caractère négociable du bien grevé, du document couvrant ce bien ou de l'instrument y relatif est plus important que le risque de porter atteinte au rang prioritaire du créancier garanti inscrit.

4. Comptes bancaires et titres

42. Pour faciliter les opérations des grandes institutions financières sur les marchés des prêts sur valeurs mobilières, du renouvellement et des produits dérivés, les systèmes juridiques créent souvent des exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés sur les comptes bancaires et au moins pour certains types de titres (il convient cependant de noter que les titres et droits à paiement qui naissent ou découlent de contrats financiers et de contrats de change sont exclus du champ d'application du *Guide*; voir la recommandation 4, alinéas c) à e)). Dans le cadre de l'approche générale, les créanciers garantis ont la possibilité de prendre le "contrôle" du compte bancaire ou de certains types de titres à la place de l'inscription; ces créanciers garantis ayant le "contrôle" ont alors la priorité, même sur des sûretés inscrites antérieurement (s'agissant des comptes bancaires, voir le terme "contrôle" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, et la recommandation 103).

5. Biens soumis aux registres spécialisés

43 Pour d'autres exceptions, on peut décider de conserver des solutions existantes autres que l'inscription au registre général des sûretés qui donnent satisfaction. Certains États, par exemple, ont adopté un système d'inscription des sûretés grevant les certificats de propriété de véhicules automobiles. Si ce système fonctionne bien, l'État peut décider d'exclure les sûretés grevant les biens couverts du champ d'application du régime d'inscription ou simplement d'accorder la priorité aux sûretés inscrites dans un registre spécialisé (pour cette dernière approche, voir les recommandations 77 et 78 du *Guide*).

44. En outre, un État peut avoir déjà mis en place des registres spécialisés pour inscrire des droits, y compris des sûretés, sur des types spécifiques de biens meubles, notamment des navires, des aéronefs et la propriété intellectuelle. Dans la

mesure où ces registres peuvent avoir des objectifs plus larges que la simple publicité des sûretés sur les biens concernés, un État peut décider d'en exclure les sûretés grevant des biens soumis à une inscription spécialisée, ou simplement d'accorder la priorité aux sûretés inscrites dans un registre spécialisé (pour cette dernière approche, voir les recommandations 77 et 78 du *Guide*).

45. Enfin, les États parties à des traités internationaux tels que la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles exigeront l'inscription dans le registre international des sûretés et autres droits grevant les types de biens auxquels ces traités s'appliquent (par exemple, les structures et moteurs d'aéronefs et le matériel roulant ferroviaire).

6. Autres exceptions

46. La place faite à d'autres exceptions dépendra du contexte économique et social particulier de chaque État. Certains États, par exemple, souhaiteront peut-être protéger les acheteurs de biens de consommation d'assez faible valeur, que ceux-ci aient ou non été achetés dans le cours normal des affaires du vendeur. On considère en l'occurrence qu'il n'est pas réaliste de s'attendre que ces personnes consultent un registre avant de procéder à l'achat. Les sûretés légales, qui dans l'idéal devraient être inscrites, sont aussi souvent exclues.

I. Portée territoriale du registre

47. Les créanciers garantis ont besoin d'indications claires quant au lieu où une sûreté doit être inscrite lorsque l'opération implique des parties et des biens situés dans différents États. En général, ces indications sont données par les règles de droit international privé de l'État qui déterminent la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté. Selon l'approche adoptée par la plupart des régimes modernes de droit international privé, la loi applicable dépend de la nature des biens. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles corporels, c'est la loi du lieu où est situé le bien grevé qui s'applique (voir la recommandation 203 du *Guide*). Si les biens grevés sont situés dans plusieurs États, plusieurs inscriptions seront nécessaires. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles incorporels ainsi que certains types de biens d'équipement mobiles habituellement utilisés dans plusieurs États, c'est la loi de l'État dans lequel est situé le constituant qui s'applique (voir les recommandations 204 et 208 du *Guide*).

J. Effet de la connaissance effective sur l'opposabilité et la priorité

48. On peut se poser la question de savoir si un tiers qui acquiert un bien grevé alors qu'il sait qu'il existe une sûreté non inscrite devrait prendre le bien libre de cette sûreté. En général, les régimes modernes prévoient que la notification ou la connaissance effectives de l'existence d'une sûreté ne remplace pas l'inscription et que le fait d'acquérir un bien que l'on sait grevé par une sûreté non inscrite ne constitue pas un acte de mauvaise foi. Cette approche permet à des tiers de se fier entièrement au système de registre pour déterminer s'ils sont liés par une sûreté que le constituant aurait créé sur ses biens. Cela n'est pas injuste envers les créanciers

garantis car ceux-ci auraient pu se protéger en prenant une inscription en temps voulu.

49. La situation est différente lorsqu'on sait qu'un transfert, un bail ou une licence viole les droits d'un créancier garanti. Un acheteur, un preneur à bail ou un preneur de licence ayant connaissance d'une telle violation risque d'acquérir des droits sur un bien grevé par une sûreté inscrite antérieurement, même si l'opération en question est effectuée dans le cours normal des affaires du vendeur, du preneur de bail ou du donneur de licence (voir les recommandations 81 et 106 du *Guide*, et la recommandation 245 du *Supplément*).

K. Inscription et principe de la connaissance présumée

50. Les régimes juridiques traditionnels sur les prêts garantis considèrent parfois l'inscription comme une présomption de connaissance d'une sûreté. En vertu de ce principe, quiconque réalise une opération relative à un bien grevé par une sûreté inscrite est réputé avoir connaissance de cette sûreté même s'il n'a pas consulté le registre. Le principe de la connaissance présumée est sans conséquence dans un cadre juridique moderne sur les opérations garanties où les effets en termes de priorité de l'inscription et de l'absence d'inscription sont énoncés de manière directe et complète dans la législation applicable. En général, ces règles de priorité ne dépendent pas de la connaissance d'une sûreté antérieure, présumée ou autre, par des tiers qui acquièrent des droits sur des biens grevés par une sûreté inscrite. Dans les quelques cas où la connaissance joue un rôle, ce n'est pas la connaissance supposée ou présumée qui importe mais la connaissance effective d'un fait autre que l'existence de la sûreté (voir par. 49 ci-dessus).

L. Inscription et insolvabilité

51. Les lois modernes sur les opérations garanties font généralement de l'inscription une condition de l'opposabilité d'une sûreté aux créanciers judiciaires chirographaires et au représentant de l'insolvabilité du constituant (voir les recommandations 238 et 239 du *Guide*). Si la sûreté n'a pas été inscrite ou ne l'a pas été en temps utile, le créancier garanti est relégué au rang de créancier chirographaire.

52. Cette règle:

a) Encourage les créanciers garantis à prendre rapidement une inscription;

b) Permet au représentant de l'insolvabilité du constituant de déterminer efficacement quels biens du constituant sont grevés;

c) Permet aux créanciers judiciaires de déterminer à tout moment dans quelle mesure les biens du constituant sont grevés, et de décider ainsi du bien-fondé d'engager une procédure pour faire exécuter le jugement; et

d) Permet à des créanciers potentiels de déterminer à tout moment l'ampleur du passif garanti de leurs débiteurs potentiels, ce qui peut les aider à évaluer la solvabilité de ceux-ci.

53. Toutefois, une inscription prise en temps voulu ne met pas un créancier garanti à l'abri de contestations fondées sur les prescriptions générales du droit de l'insolvabilité, comme les règles ayant pour effet d'annuler les transferts préférentiels ou frauduleux et les règles qui accordent la priorité à certaines catégories protégées de créanciers (voir chap. XII et recommandation 239 du *Guide*; voir également la recommandation 88 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*).

M. Inscription et constitution d'une sûreté réelle mobilière

54. Au sens des régimes modernes sur les opérations garanties, l'inscription n'est pas un élément constitutif d'une sûreté (voir la recommandation 33 du *Guide*). La sûreté prend effet et s'impose au constituant et au créancier garanti dès la conclusion d'une convention constitutive de sûreté répondant aux exigences de forme minimales, par exemple la preuve écrite du consentement du constituant à grever ses biens (voir les recommandations 13 à 15 du *Guide*). L'inscription est simplement une condition préalable à l'opposabilité de la sûreté. En outre, ce n'est pas la convention constitutive de sûreté proprement dite qui est inscrite mais un avis séparé (à savoir les informations relatives à une éventuelle sûreté), qui est généralement saisi dans le registre sous forme électronique, et qui contient uniquement des informations de base sur la sûreté (voir la recommandation 32 du *Guide*). Ce n'est pas l'inscription qui prouve que la sûreté à laquelle elle fait référence existe mais la convention constitutive de sûreté, qui elle ne figure pas dans le registre. L'inscription sert simplement à informer les tiers qui procèdent à des recherches de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens concernés.

N. Inscription et réalisation

55. Certains régimes juridiques exigent que les créanciers garantis inscrivent un avis lorsqu'ils engagent une action en réalisation. C'est généralement le cas des systèmes juridiques qui exigent que le personnel du registre avise les créanciers garantis inscrits antérieurement qui sont titulaires d'une sûreté sur le même bien que celui pour lequel une action en réalisation est en instance. Dans d'autres systèmes juridiques, il incombe au créancier garanti demandant la réalisation de consulter le registre et de notifier à l'avance aux titulaires de sûretés concurrentes inscrites le recours qu'il cherche à exercer (voir, par exemple, la recommandation 151 du *Guide*).

O. Sanctions en cas d'absence d'inscription

56. Les lois modernes sur les opérations garanties n'imposent pas de sanctions pécuniaires ni d'autres sanctions administratives aux créanciers garantis qui n'inscrivent pas les informations requises concernant une sûreté. L'incapacité de rendre la sûreté opposable en application de la législation sur les opérations garanties est une sanction juridique suffisante en soi car l'absence d'inscription relègue le créancier garanti au rang de créancier chirographaire.

P. Relation entre le registre des sûretés et les registres spécialisés des biens meubles

57. Les règles modernes sur les opérations garanties et les registres régissent la relation entre le registre des sûretés et les registres spécialisés des biens meubles (par exemple, les navires, les aéronefs ou la propriété intellectuelle). Lorsqu'il existe des registres spécialisés qui permettent l'inscription de sûretés opposables sur des biens meubles (comme c'est le cas des registres internationaux prévus par la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et de ses Protocoles), ces règles traitent des questions liées à la coordination des inscriptions sur les deux types de registres.

58. Par exemple, les informations inscrites dans un registre peuvent être transmises à un autre ou être inscrites simultanément dans les deux registres en passant par un portail commun. Les deux approches nécessitent la coordination des systèmes d'inscription. Par exemple, les systèmes de registre devraient permettre l'indexation et la recherche par bien ou par constituant et accepter l'inscription d'avis plutôt que de documents. Cependant, comme on l'a déjà indiqué précédemment, les critères de description et les effets juridiques de l'inscription peuvent être différents (s'agissant de la coordination entre les registres, voir chap. III, par. 75 à 82, et chap. IV, par. 117 du *Guide*; voir également le *Supplément*, par. 135 à 140).

Q. Relation entre le registre des sûretés et les registres immobiliers

59. Des registres immobiliers existent dans la plupart des États, voire dans tous. Du fait de l'introduction de registres des sûretés dans les régimes modernes sur les opérations garanties, la question de la relation entre les deux types de registre doit être traitée. Dans la plupart des États, les deux types de registre sont distincts. Cependant, dans certains États, des informations relatives aux sûretés réelles mobilières et aux droits sur des biens immeubles peuvent être inscrites dans un seul registre. Comme indiqué précédemment, les critères de description du bien grevé et les effets juridiques de l'inscription peuvent être différents dans chaque cas, mais le principe de base (inscription d'avis et non de documents) est identique.

60. Les questions évoquées ci-dessus (section P) sont également importantes dans ce contexte. En outre, la question de savoir où les informations relatives aux sûretés attachées à des biens immeubles devraient être inscrites se posera. Les règles modernes régissant les opérations garanties et les registres prévoient que ces inscriptions seront réalisées dans le registre général des sûretés ou dans le registre immobilier (voir la recommandation 43 du *Guide*). Le choix entre les deux types d'inscription a des effets du point de vue de la priorité. La plupart des États prévoient qu'une inscription dans le registre immobilier donne un droit prioritaire au créancier garanti (voir la recommandation 87 du *Guide*).

III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace

A. Introduction

61. La plupart des États ont établi des registres de la propriété et des droits sur la propriété pour les opérations portant sur des biens immeubles et certains types de biens meubles de grande valeur, comme les navires et les aéronefs. Pour qu'un registre des sûretés efficace soit mis en place, il est indispensable que ses différentes caractéristiques soient bien comprises par les personnes chargées de le concevoir et ses clients potentiels. Un texte sur l'inscription devrait donc expliquer quelles sont les principales caractéristiques d'un registre des sûretés moderne et efficace. Tel est l'objet du présent chapitre (d'autres caractéristiques clefs qui font généralement l'objet de règles juridiques ou qui concernent la conception du registre sont traitées respectivement dans les chapitres IV et V du document A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1).

B. Déterminer la propriété de biens grevés

62. Un registre de la propriété, comme un registre foncier ou un registre des navires classiques, a pour objet de faire connaître l'identité du propriétaire d'un certain bien ainsi que les droits qui pourraient en grever la propriété. En général, un registre des sûretés ne mentionne pas l'existence du bien grevé ni le transfert de la propriété de ce bien, ni ne garantit que la personne désignée comme le constituant en soit le véritable propriétaire. Il s'agit simplement d'un relevé des sûretés sur les droits de propriété que le constituant possède ou qu'il pourrait acquérir sur les biens grevés. En revanche, la question de savoir si le constituant possède les biens grevés décrits dans une inscription dépend de la validité des opérations contractuelles non inscrites qui sont invoquées par le constituant pour faire valoir un droit de propriété. Il ne serait pas réaliste d'un point de vue administratif ni rationnel d'un point de vue économique d'entreprendre de créer un fichier de propriété fiable pour la quantité considérable de biens meubles corporels et incorporels grevés par des sûretés.

63. Comme on l'a expliqué précédemment à propos des mécanismes reposant sur la réserve de propriété ainsi que des baux véritables et de la vente en consignation, l'inscription ne porte pas sur une sûreté, mais sur le droit de propriété du vendeur, du bailleur ou du déposant. De même, dans le cas d'une cession pure et simple de créances, l'inscription porte sur le droit de propriété acquis par le cessionnaire. Cependant, même dans ces cas, l'inscription ne peut établir ou prouver la propriété.

C. Indexation par constituant ou indexation par bien

1. Généralités

64. La très grande différence de nature entre les biens meubles et les biens immeubles ainsi qu'entre les prêts garantis par l'un ou l'autre type de biens, conduit à une deuxième distinction entre les registres de la propriété immobilière et les registres des sûretés sur les biens meubles qui réside dans la manière dont les inscriptions sont indexées dans le registre. Les biens immobiliers ont un identifiant

géographique unique qui permet d'indexer et de rechercher les inscriptions par bien. La plupart des biens meubles n'ont pas d'identifiant objectif suffisamment précis ou unique pour permettre une indexation par bien. En outre, une loi moderne sur les opérations garanties doit donner la possibilité de créer des sûretés opposables sur une masse de biens présents et futurs, comme le matériel, les stocks et les créances du constituant. L'indexation par bien nécessiterait une description spécifique de chaque article, ce qui rendrait la procédure d'inscription beaucoup trop lourde et sujette à des erreurs de description.

65. Pour ces deux raisons, les inscriptions dans un registre des sûretés sont généralement indexées par référence à l'élément identifiant le constituant (son nom ou un autre élément d'identification tel qu'un numéro délivré par l'État) et non par référence au bien (voir chap. IV du *Guide*, par. 31 à 33 et 70). L'indexation par constituant facilite considérablement la procédure d'inscription. Les créanciers garantis peuvent prendre une sûreté sur les biens meubles présents et futurs d'un constituant ou des catégories génériques, de biens en procédant à une seule inscription.

2. Indexation complémentaire par bien

66. L'indexation par constituant présente un inconvénient. Si le constituant transfère un bien grevé et que l'inscription initiale de la sûreté demeure opposable aux bénéficiaires du transfert, les tiers qui réalisent une opération relative à ce bien ne peuvent pas se protéger en effectuant une recherche dans le registre à partir du nom du bénéficiaire du transfert. Supposons, par exemple, que le constituant vende un bien grevé par une sûreté inscrite à un tiers qui, à son tour, le propose à une quatrième partie pour lui rendre ou pour constituer une sûreté. Dans l'hypothèse où la quatrième partie ne sait pas que ce bien a été acquis par le tiers au constituant d'origine, elle effectuera des recherches dans le registre uniquement par référence au nom du tiers. Cette recherche ne permettra pas de retrouver l'avis inscrit.

67. Pour y remédier, certains systèmes de registre prévoient l'indexation par inscription et par biens des biens meubles, pour lesquels des identifiants numériques fiables (numéro de série) sont disponibles. L'indexation par bien se limite généralement aux biens meubles qui ont un marché de revente suffisant et une valeur assez élevée pour justifier une augmentation de la complexité juridique et une réduction de la souplesse (par exemple, véhicules automobiles, remorques, autocaravanes, structures et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux, bien que les sûretés sur certains de ces types de biens soient inscrites dans des registres spécialisés; voir chap. IV du *Guide*, par. 34 à 36).

68. En fait, dans certains systèmes de registre modernes, il est possible d'inscrire tant l'élément identifiant le constituant que le numéro de série de biens (y compris les appareils ménagers) et de les indexer, et l'un et l'autre peuvent servir de critère de recherche (le numéro d'inscription peut aussi servir de critère de recherche). Cette approche permet d'effectuer une recherche à partir du numéro de série spécifique d'un bien ou de l'élément identifiant le constituant et, dans les deux cas, l'inscription serait détectée. Dans certains cas, cependant, si les biens grevés sont des biens de consommation et qu'ils sont indexés par numéro de série, l'élément identifiant le constituant peut ne pas être révélé (pour des raisons de confidentialité).

D. Inscription d'avis ou inscription de documents

69. Les systèmes d'enregistrement de la propriété et des droits grevant la propriété d'une parcelle de terrain ou d'un bien meuble spécifique, comme un navire, exigent généralement que les personnes procédant à l'inscription déposent ou produisent les documents sous-jacents. En effet, l'inscription est généralement considérée comme une preuve, ou du moins une preuve présumée, de la propriété ou de tout droit grevant une propriété.

70. Certains registres traditionnels des sûretés requièrent encore la présentation des documents relatifs à la sûreté. Cependant, tous les régimes modernes sur les opérations garanties optent pour l'inscription d'avis. Avec un système d'inscription d'avis, les documents relatifs à la sûreté n'ont pas besoin d'être inscrits ni même présentés au personnel du registre. Il suffit d'inscrire, à l'aide d'un formulaire standard, un avis séparé sur la sûreté qui ne fournit que les informations de base nécessaires pour informer une personne effectuant une recherche que le bien décrit dans l'avis peut être grevé par une sûreté. Ainsi, l'inscription ne signifie non pas que la sûreté à laquelle elle fait référence existe mais qu'une telle sûreté pourrait exister à l'avenir (voir la recommandation 57 du *Guide*).

71. En diminuant considérablement la quantité d'informations devant être transmise au registre, l'inscription d'avis:

a) Réduit les coûts des opérations tant pour les personnes procédant à l'inscription que pour les tiers effectuant une recherche;

b) Réduit les tâches administratives et d'archivage nécessaires pour assurer le fonctionnement du système de registre;

c) Réduit le risque d'erreur d'inscription (car moins on doit communiquer d'informations, moins on risque de commettre des erreurs); et

d) Améliore la confidentialité et la protection de la vie privée des créanciers garantis et des constituants[8].

72. Comme indiqué précédemment, les règles modernes régissant les opérations garanties et les registres prévoient que l'inscription d'avis n'emporte pas constitution d'une sûreté; ils rendent simplement la sûreté opposable aux tiers si celle-ci existe au moment de l'inscription ou si, dans le cas d'une inscription anticipée, elle est constituée ultérieurement (voir les recommandations 32, 33 et 67 du *Guide*). En outre, ces règles prévoient que, bien qu'un avis ne soit pas opposable sans une autorisation écrite du constituant, l'autorisation fournie par la convention constitutive de sûreté est suffisante et peut même être donnée après l'inscription, quelle que soit la personne procédant à l'inscription (voir les recommandations 55 d) et 71 du *Guide*). Par ailleurs, afin de protéger les constituants contre des inscriptions non autorisées qui pourraient les empêcher d'utiliser leurs biens pour obtenir un crédit, ces règles reconnaissent au constituant le droit de demander la radiation ou la modification d'une inscription par le biais d'une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir les recommandations

---

[8] S'agissant de questions connexes, comme l'inscription anticipée, la possibilité qu'une seule inscription puisse couvrir plusieurs conventions, les avantages de la transmission électronique et le contenu obligatoire de l'avis, voir le document A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1, chap. IV.

55 c), et 72 b) du *Guide*). Les mesures supplémentaires éventuelles que chaque État pourra adopter pour protéger les constituants dépendront de son estimation de l'étendue du risque d'inscription non autorisée ou frauduleuse par rapport aux coûts qu'entraînerait l'application de mesures de cette nature (voir le chap. IV du *Guide*, par. 20).

E. Le rôle du registre concernant les avis inscrits

73. Le registre envisagé dans le *Guide* a pour rôle de stocker les informations reçues, dont l'effet juridique est déterminé par les règles matérielles du régime sur les opérations garanties. Par conséquent, les informations présentées par les personnes procédant à l'inscription ne feraient pas l'objet d'une vérification ou de modifications de fond par les personnes chargées du registre. De même, toute modification que l'auteur d'une inscription souhaiterait apporter dans le registre serait présentée séparément et n'aurait pas pour effet de supprimer les informations reçues antérieurement. En d'autres termes, la modification ne consisterait pas à supprimer les informations inscrites et en les remplaçant par de nouvelles mais à procéder à un ajout de sorte qu'une personne effectuant une recherche puisse trouver et examiner aussi bien les informations inscrites initialement que les nouvelles informations inscrites ultérieurement. Ni les personnes procédant à l'inscription ni le personnel du registre ne peuvent remplacer les informations inscrites et les systèmes de registre devraient être programmés en conséquence. Toutes les inscriptions sont indexées dans la base de données du registre et ne peuvent être supprimées que lorsqu'elles ne sont plus opposables ou ont expiré.

A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-huitième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IV. Règles juridiques applicables au processus d'inscription et de recherche 1-68

A. Introduction 1

B. Droit de procéder à une inscription. 2-7

C. Inscription anticipée. 8-9

D. Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûreté 10-11

E. Teneur exigée de l'inscription. 12-45

1. Informations sur le constituant 12-28

2. Informations sur le créancier garanti 29

3. Description des biens grevés. 30-42

4. Durée de l'inscription 43

5. Montant maximum de l'obligation garantie. 44-45

F. Inscription des modifications ultérieures 46-52

1. Transfert d'une sûreté 46

2. Renonciation à la priorité 47

3. Modification de l'élément identifiant le constituant ou transfert d'un bien grevé 48-49

4. Ajout de nouveaux biens grevés 50

5. Prorogation. 51

6. Correction en cas d'expiration ou d'annulation erronée. 52

G. Moment de prise d'effet de l'inscription 53-54

H. Annulation ou modification obligatoire de l'inscription. 55-59

I. Droit d'effectuer des recherches 60-62

J. Critères de recherche 63-67

K. Langue de l'inscription et de la recherche 68

V. Conception, administration et fonctionnement des registres. 69-88

A. Introduction 69

B. Dossiers d'inscription électroniques ou papier 70-71

C. Dossiers d'inscription centralisés et unifiés 72
D. Accès des utilisateurs aux dossiers d'inscription 73-76
E. Considérations touchant à la conception et à l'exploitation 77-88
1. Création d'une équipe chargée de la mise en place du registre 77
2. Responsabilité de la conception et de l'exploitation 78
3. Capacité du système 79
4. Programmation 80-81
5. Qualité des données 82
6. Serveurs de secours 83
7. Rôle du personnel du registre et responsabilité 84-85
8. Financement des coûts initiaux de mise en place et de fonctionnement (frais d'inscription et de recherche) 86-87
9. Formation théorique et pratique 88
VI. Autres questions 89-93
A. Supervision et fonctionnement du registre 89
B. Inscription des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition 90
C. Mesures de lutte contre la corruption 91
D. Transition 92
E. Règlement des litiges 93

IV. Règles juridiques applicables au processus d'inscription et de recherche

A. Introduction

1. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, un État qui met en place un registre des sûretés devra élaborer un ensemble de règles juridiques et de formulaires régissant le processus d'inscription et de recherche. Le présent chapitre a pour objectif de recenser les questions que le Groupe de travail voudra peut-être traiter dans un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières. Les recommandations du *Guide* (et en particulier de son chapitre IV) constituent les textes de base pour l'examen de ces questions. La présente analyse est donc fondée sur ces recommandations, auxquelles il est constamment fait référence ci-après.

B. Droit de procéder à une inscription

2. Habituellement, le créancier garanti a le droit de procéder à l'inscription de la sûreté dont il est titulaire, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant, par exemple un cabinet d'avocats, un mandataire ou un autre prestataire de services (une fois qu'un registre a été mis en place, ces prestataires de services lancent de nouvelles entreprises et la réforme a donc pour avantage supplémentaire de contribuer à créer des emplois et de nouvelles opportunités de développement économique). Dans certains pays de *common law*, cependant, la société constituante est en fait la seule autorisée à inscrire des sûretés ("charges") dans le registre des sociétés.

3. De même, la personne ayant procédé à l'inscription initiale peut généralement radier ou modifier cette inscription. Si un numéro d'identification personnel a été attribué à cette personne par le registre, toute personne disposant de ce numéro peut procéder à une radiation ou à une modification de l'inscription.

4. Les législations sur les opérations garanties exigent souvent l'autorisation du constituant pour que le créancier garanti puisse procéder à l'inscription d'informations concernant une sûreté (c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie du *Guide*, à l'inscription d'un "avis"). Cependant, cette exigence peut généralement être satisfaite par une convention (antérieure ou postérieure à la convention constitutive de sûreté) qu'il n'est pas nécessaire de faire figurer dans l'information inscrite. En outre, on considère souvent que la convention constitutive de sûreté est en soi une autorisation suffisante pour procéder à l'inscription. C'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir la recommandation 71). L'essor des communications électroniques a atténué ce problème car le constituant peut donner son autorisation à l'avance dans le fichier du registre ou cette autorisation peut lui être demandée automatiquement par le fichier du registre lorsqu'il est procédé à l'inscription.

5. En revanche, certains systèmes de registre exigent que l'accord du constituant soit attesté directement dans le fichier du registre. Telle est par exemple l'approche recommandée dans le projet de cadre commun de référence européen. Cette exigence a pour effet d'accroître considérablement le coût et la durée du processus d'inscription car elle oblige à vérifier de façon fiable que la personne donnant son accord est bien le constituant désigné dans l'inscription. Cette vérification ne devrait pas poser de problème si le constituant peut être identifié au moyen d'un numéro unique (comme dans le cas d'une société immatriculée ou d'un constituant ayant une carte d'identification numérotée), mais représente une véritable difficulté dans le cas des autres types de constituants.

6. Les systèmes qui exigent que l'autorisation du constituant apparaisse dans le fichier sont peut-être influencés par une analogie malvenue avec les registres de la propriété. Dans un registre de la propriété, une telle exigence se justifie dans la mesure où le véritable propriétaire peut perdre ses droits si une cession non autorisée est inscrite dans le fichier et la personne désignée comme le nouveau propriétaire entreprend ensuite de se défaire du bien. Cependant, dans un registre des sûretés réelles mobilières, l'inscription a seulement pour effet de signaler l'existence possible d'une sûreté grevant les biens décrits. Elle n'est préjudiciable

au constituant qui y est désigné que dans la mesure où elle limite sa capacité de disposer librement de ces biens tant qu'elle n'a pas été radiée.

7. Par conséquent, le problème des inscriptions non autorisées peut être traité de façon plus rationnelle en instituant une procédure simplifiée qui permette à une personne désignée comme constituant dans une inscription non autorisée de procéder rapidement et à peu de frais à la radiation ou à la modification de cette inscription (voir les recommandations 54 d) et 72 du *Guide*). Cette procédure est traitée plus loin dans le présent chapitre (voir par. 55 à 59). Une protection supplémentaire contre les inscriptions non autorisées peut également être assurée en incluant dans le processus d'inscription une modalité quelconque d'identification du constituant. Ainsi, le système conserve une trace de la partie responsable (voir par. 73 à 76 plus loin). On peut également réduire au minimum les inscriptions non autorisées en exigeant que la personne procédant à l'inscription initiale notifie cette inscription au constituant et que le registre notifie à celui-ci les modifications ultérieures éventuelles (voir recommandations 55 c) et d) du *Guide*).

C. Inscription anticipée

8. Les systèmes de registre modernes autorisent généralement l'inscription anticipée, c'est-à-dire la possibilité de procéder à une inscription avant qu'une convention constitutive de sûreté ne soit conclue entre le constituant et le créancier ou qu'une sûreté ne soit créée (voir la recommandation 67 du *Guide*). L'inscription anticipée permet à un éventuel créancier garanti de s'assurer, à un stade précoce des négociations avec le constituant potentiel, une priorité de premier rang sur les sûretés pouvant être inscrites par la suite. En contrepartie, cela élimine le temps d'attente qui serait nécessaire pour octroyer le crédit au constituant s'il ne pouvait être procédé à l'inscription qu'après la conclusion de la convention constitutive de sûreté.

9. Si les négociations sont rompues et aucune convention constitutive de sûreté n'est conclue entre les parties désignées dans l'inscription, cela peut avoir une incidence négative sur la confiance dans la solvabilité de la personne désignée comme constituant dans l'inscription. On peut limiter ce risque ainsi que, d'une manière générale, les risques d'inscriptions non autorisées en veillant à ce que a) le constituant soit rapidement avisé de l'inscription (voir recommandation 55 c) du *Guide*); et b) le constituant puisse faire radier l'inscription par une procédure simplifiée (voir les recommandations 54 d) et 72 du *Guide* et les paragraphes 55 à 59 de la présente note).

D. Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûreté

10. Dans un système de registre moderne (qui n'inclut pas les documents relatifs aux sûretés dans l'inscription), une inscription unique est suffisante pour rendre opposables les sûretés créées par des conventions constitutives de sûreté successives ou modifiées qui ont été conclues entre les mêmes parties et qui portent sur les mêmes biens grevés (voir la recommandation 68 du *Guide*). En pareil cas, l'inscription n'a d'effet que dans la mesure où l'information inscrite tient compte

des conventions nouvelles ou modifiées. Par exemple si une nouvelle convention constitutive de sûreté porte sur des biens qui n'ont pas été décrits dans l'inscription antérieure, une nouvelle inscription sera nécessaire.

11. Un système permettant une inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûreté a notamment pour avantages: a) de réduire le coût de l'inscription; b) de réduire les risques des créanciers garantis en termes de priorité; et c) de donner aux constituants et aux créanciers garantis une marge de manœuvre accrue pour modifier leurs relations financières en fonction de l'évolution des circonstances.

E. Teneur exigée de l'inscription

1. Informations sur le constituant

a) Généralités

12. Étant donné que seulement certains types de biens grevés ont un numéro de série ou un identifiant similaire, le nom du constituant ou un autre élément permettant de l'identifier sont, dans les régimes modernes sur les opérations garanties et l'inscription des sûretés, le principal critère permettant de rechercher dans les fichiers d'un registre des sûretés toutes les informations concernant les sûretés sur la plupart des types de biens que cette personne peut avoir constituées. Les règles applicables à l'inscription indiquent clairement qu'il est essentiel d'inclure ces informations pour que l'inscription soit effective. L'adresse du constituant devrait également être mentionnée, à la fois pour faciliter l'identification de celui-ci et pour permettre aux parties intéressées de communiquer avec lui afin d'obtenir des informations complémentaires ou lui adresser des notifications légales.

13. Dans certains systèmes de registre, il n'est pas nécessaire d'inclure l'adresse du constituant dans l'inscription, et ce pour des raisons de confidentialité. Ainsi, les autres bailleurs de fonds intéressés doivent contacter le créancier garanti pour obtenir des informations supplémentaires concernant le constituant. En outre, il est probable que ces bailleurs de fonds seront déjà en contact avec celui-ci. Il convient de noter que si l'information exigée pour identifier le constituant est fiable et unique (par exemple, un numéro d'identification national), l'adresse du constituant n'est pas forcément indispensable parce que: a) si l'on dispose d'un numéro d'identification unique, l'adresse n'est pas nécessaire pour identifier le constituant; b) on peut présumer qu'un créancier éventuel sait comment joindre le constituant éventuel pour obtenir les informations nécessaires; et c) un créancier éventuel devra de toute façon contacter le créancier garanti mentionné dans le fichier afin d'obtenir la confirmation de toute information fournie par le constituant.

14. Le constituant peut avoir créé une sûreté sur ses droits de grever une obligation dont est redevable un autre débiteur. Étant donné que l'objet de l'inscription est de révéler l'existence possible d'une sûreté sur le bien qui y est décrit, les règles prévoient normalement que la personne dont le nom doit apparaître dans l'inscription est le constituant et non cet autre débiteur (ou une personne garantissant simplement l'exécution de l'obligation dont est redevable ce débiteur).

15. Pour offrir une certaine sécurité juridique aux personnes procédant à une inscription et aux tiers qui consultent le registre, les systèmes d'inscription modernes indiquent également de façon explicite ce qui constitue un élément valable pour identifier le constituant. Autrement, un créancier garanti ne pourra pas être sûr que son inscription sera effective et les personnes consultant le registre ne pourront pas se fier aux résultats de leurs recherches (voir recommandations 58 à 60 du *Guide*).

b) Le constituant est-il un particulier ou une société?

16. Un système de registre moderne est généralement conçu de manière à pouvoir enregistrer des informations concernant les constituants qui lui permettent de déterminer si ceux-ci sont des particuliers ou des sociétés (champs de données distincts pour l'inscription et bases de données distinctes pour l'archivage). Cette caractéristique de conception implique que les identifiants de ces deux catégories de constituants devront obéir à des règles différentes, ce qui aura également pour effet de rendre le processus de recherche plus efficace. Par exemple, la logique de recherche pour les constituants qui sont des sociétés peut utiliser des versions normalisées des noms de ces sociétés obtenues en procédant de la façon suivante: a) supprimer tous les signes de ponctuation, les caractères spéciaux et les différences majuscules/minuscules; b) enchaîner les groupes de caractères séparés; c) supprimer certains mots ou abréviations qui ne contribuent pas à l'unicité d'un nom (par exemple les articles et les indications du type d'entreprise telles que "société", "partenariat", "LLC" et "SA"; et d) grouper les mots ainsi obtenus en une chaîne de caractères afin de la comparer avec les versions normalisées des noms figurant dans l'index.

17. Cette caractéristique de conception a des incidences sur les règles applicables au processus d'inscription et de recherche. Les régimes d'inscription modernes indiquent clairement qu'il est nécessaire que le nom du constituant (prénom usuel, deuxième prénom et nom de famille) soit consigné dans les champs appropriés pour que l'inscription soit effective. Il est indispensable que les utilisateurs du registre sachent qu'en la matière la rigueur est essentielle car une recherche effectuée dans la base de données concernant les particuliers ne révélera pas l'existence d'une sûreté constituée par une société et vice versa.

c) Élément permettant d'identifier le constituant lorsqu'il s'agit d'un particulier

18. Certains systèmes de registre imposent l'utilisation d'un numéro d'identification délivré par l'État pour identifier le constituant lorsqu'il s'agit d'un particulier, tandis que d'autres utilisent le nom du constituant (voir recommandation 59 du *Guide*).

19. C'est en fonction de deux considérations principales que l'on pourra dire si un numéro d'identification délivré par l'État constitue ou non un élément d'identification approprié. Premièrement, il faut s'assurer que les règles d'ordre public de l'État (par exemple en matière de protection de la vie privée ou de sécurité) n'interdisent pas d'utiliser des numéros d'identification à des fins légales autres que celles pour lesquelles ils ont été délivrés. Si tel est bien le cas, la question suivante qui se pose est de savoir si le système de délivrance de ces numéros est suffisamment fiable pour garantir l'attribution d'un numéro unique à chaque individu.

20. Si c'est le nom du constituant qui doit être utilisé comme élément d'identification, il est important de disposer de règles spécifiant clairement en quoi consiste le nom "officiel" du constituant et les éléments de ce nom qui sont exigés (par exemple, le nom de famille, le prénom usuel, l'initiale du deuxième prénom). Même lorsqu'un numéro d'identification délivré par l'État constitue l'élément normal d'identification du constituant, de telles règles sont nécessaires pour les cas où le constituant n'est pas citoyen ou résident de cet État et ne s'est donc pas vu délivrer de numéro d'identification. Les trois approches ci-après peuvent être envisagées: a) tous les constituants peuvent être identifiés par un numéro; b) tous les constituants peuvent être identifiés par un nom; et c) certains constituants (citoyens) peuvent être identifiés par un numéro et d'autres (non citoyens) par un nom. L'idéal serait que tous les constituants puissent être identifiés par un numéro.

21. Bien que les règles concernant le nom officiel du constituant dépendent des conventions générales de formation des noms de chaque État, on se fonde souvent sur les documents délivrés par l'État. On pourrait par exemple, dans une règle incorporant cette approche, prévoir le recours à d'autres sources pour tenir compte des situations particulières de différents constituants (y compris le changement de situation qui intervient par exemple lorsqu'un constituant qui détenait seulement un passeport étranger à un moment donné obtient ultérieurement la citoyenneté et une carte d'identité de l'État du registre).

Situation du constituant	**Source documentaire du nom**
Né dans l'État adoptant	Certificat de naissance
Né dans l'État adoptant sans que sa naissance y ait été déclarée	1) Passeport en cours de validité 2) À défaut de passeport, assurance sociale/carte de sécurité sociale en cours de validité 3) À défaut de passeport ou de carte, passeport étranger en cours de validité délivré par l'État de résidence habituelle
Né dans l'État adoptant mais le nom dévolu à la naissance a été modifié ultérieurement conformément à la législation sur le changement de nom	Nom tel qu'il apparaît sur le certificat de changement de nom ou un document équivalent (certificat de mariage, par exemple)
Citoyen naturalisé de l'État adoptant	Certificat de citoyenneté

N'est pas né dans l'État adoptant et n'a pas la citoyenneté de cet État	1) Passeport étranger en cours de validité délivré par l'État dont le constituant a la citoyenneté 2) À défaut de passeport étranger en cours de validité, visa valide délivré par l'État adoptant 3) À défaut de visa et de passeport étranger certificat de naissance officiel délivré au lieu de naissance du constituant
Aucune des situations ci-dessus	Nom tel qu'il apparaît sur deux documents délivrés par l'État adoptant, à condition que le nom soit identique (par exemple permis de conduire en cours de validité et carte d'assurance médicale officielle en cours de validité)

22. Dans les États où certains noms sont très courants et peuvent être portés par de nombreuses personnes, il peut être utile d'exiger des informations supplémentaires, par exemple la date de naissance, afin de pouvoir mieux identifier le constituant. Ainsi, lorsqu'une recherche révèle que de nombreux constituants ont le même nom de famille, leurs prénoms et adresses peuvent aider les tiers à déterminer si l'un d'entre eux est celui qui les intéresse. Cependant, il faut limiter les demandes d'informations supplémentaires, car plus les renseignements exigés sont détaillés, plus les risques d'erreur concernant les constituants et les problèmes de protection de la vie privée sont grands (voir recommandation 59 du *Guide*).

d) Éléments permettant d'identifier le constituant lorsqu'il s'agit d'une entreprise

23. Pour déterminer les éléments permettant d'identifier correctement les constituants lorsqu'il s'agit d'entreprises, les régimes d'inscription modernes commencent souvent par désigner les types d'entités qui peuvent être considérées comme des entreprises aux fins de l'inscription. En plus des personnes morales telles que les sociétés, la liste comprend des entités non dotées de la personnalité morale qui ont une identité juridique distincte de celle de leurs propriétaires (telles que partenariats, consortiums et coentreprises, syndicats, fiducies et biens d'une personne décédée ou insolvable).

24. Les règles applicables aident également à déterminer ce qui constitue le nom officiel ou un autre élément permettant d'identifier l'entité à des fins d'inscription. Pour ce qui est des sociétés et des autres entités dont la constitution doit être établie et divulguée dans un registre public, c'est le nom qui figure dans ce dernier qui est utilisé (ou le numéro sous lequel l'entité a été inscrite dans un registre des sociétés ou un registre similaire). S'agissant des autres entités qui n'ont pas d'identité juridique distincte de celle de leurs propriétaires, telles que les partenariats non inscrits, on se fie généralement au nom qui figure dans leurs documents constitutifs (voir recommandation 60 du *Guide*). Toutefois, les tiers n'auront peut-être pas accès à ces documents et il serait peut-être souhaitable d'exiger l'ajout d'éléments supplémentaires permettant d'identifier le constituant: on pourrait par exemple

exiger que des éléments identifiant les partenaires d'un partenariat non inscrit soient saisis dans le champ prévu pour le constituant.

25. Lorsque le constituant est un consortium ou une coentreprise, on saisit normalement le nom de tous les participants au consortium ou à la coentreprise, ou d'une personne ou société désignée pour agir en leur nom. Lorsqu'il s'agit d'un syndicat, l'élément identifiant le constituant est généralement le nom officiel du syndicat; pour une fiducie, c'est le nom du ou des fiduciaires; pour le patrimoine d'une personne décédée, c'est le nom de l'administrateur identifié en tant que tel; et pour la masse d'un débiteur insolvable, c'est le nom du représentant de l'insolvabilité.

26. Dans le cas d'une entreprise individuelle, même si celle-ci peut être exploitée sous un autre nom commercial que celui du propriétaire, les registres exigent généralement la saisie, dans le champ prévu pour le constituant, du nom ou d'un autre élément identifiant le propriétaire, conformément aux règles applicables aux constituants individuels (car c'est la personne physique qui est le constituant), en plus de la mention du nom de l'entreprise dans le champ prévu pour la société constituante. On notera que, dans certains États, un numéro d'immatriculation ou un autre numéro unique est généralement attribué à la plupart des catégories de personnes morales, ce qui simplifie leur identification aux fins de l'inscription.

e) Incidence d'une erreur dans l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription

27. Le nom du constituant ou un autre élément permettant de l'identifier étant le critère de recherche utilisé pour retrouver un avis, les régimes d'inscription modernes indiquent dans quelles circonstances une erreur dans la saisie de cet élément privera d'effet une inscription, si bien que la sûreté ne sera pas opposable. Les règles applicables précisent que la question n'est pas de savoir si l'erreur est apparemment mineure ou dénuée d'importance, mais si elle ferait échouer la recherche officielle d'une inscription (c'est-à-dire une recherche qui n'est pas effectuée de façon aléatoire ou dans les fichiers du prestataire de services) à partir de l'identifiant officiel du constituant. Il convient également de préciser que le critère est objectif, c'est-à-dire que la personne qui conteste l'efficacité de l'inscription ne devrait pas avoir à prouver qu'elle a subi un préjudice du fait de l'erreur (voir recommandation 58 du *Guide*). Les règles de consultation du registre devraient être publiées dans un règlement ou une autre publication officielle à laquelle les utilisateurs pourraient se fier.

28. Certains systèmes de registre utilisent un logiciel qui affiche les résultats proches de l'élément d'identification correct. Dans de tels systèmes, une inscription pourra être considérée comme efficace même si la personne procédant à l'inscription a commis une erreur mineure dans la saisie de l'élément d'identification, pour autant que la personne effectuant la recherche puisse considérer comme probable que le constituant dont le nom apparaît parmi les résultats, en tant que correspondance inexacte, est bien le constituant recherché. Cela dépendra de certains facteurs tels que la longueur de la liste des correspondances inexactes et de la question de savoir si la personne qui effectue la recherche pourra identifier facilement le constituant recherché au moyen d'autres renseignements, comme l'adresse ou le prénom (il ne faudrait pas en effet qu'elle doive localiser un grand nombre de constituants pour trouver le bon).

2. Informations sur le créancier garanti

29. Les règles et formulaires applicables au processus d'inscription exigent systématiquement la saisie de l'identifiant du créancier garanti ou de son représentant, ainsi que de son adresse. Les règles relatives à l'identifiant devraient être les mêmes que pour le constituant. Il pourrait y avoir une exception à cette approche. Si une personne procédant à l'inscription ou effectuant une recherche est censée connaître l'identifiant numérique du constituant, cela ne sera pas nécessairement le cas de l'identifiant numérique du créancier garanti. La fourniture d'informations relatives à ce dernier a pour objet de permettre à une personne effectuant une recherche de mener des recherches supplémentaires si elle envisage d'octroyer un crédit garanti par le bien grevé. Par conséquent, le nom pourrait être le seul élément d'identification approprié pour le créancier garanti ou son représentant. En tout état de cause, puisque l'élément identifiant le créancier garanti n'est pas un critère de recherche ni un élément déterminant pour l'efficacité de l'inscription, l'exactitude n'est pas aussi essentielle dans ce cas. Toutefois, une certaine exactitude reste importante du point de vue pratique, car une personne effectuant une recherche se fiera aux données du registre pour communiquer avec le créancier garanti en vue d'obtenir des précisions concernant la convention constitutive de sûreté sous-jacente ou pour envoyer des notifications légales (voir recommandation 64 du *Guide*). Par conséquent, une inscription indiquant le nom ou un autre élément identifiant le créancier garanti avec une certaine exactitude devrait être suffisante, même si les exigences sont plus élevées en ce qui concerne le nom ou l'identifiant du constituant.

3. Description des biens grevés

a) Généralités

30. Il est important d'inclure une description des biens grevés dans l'inscription. L'absence de description limiterait la capacité du constituant de vendre ses biens grevés ou de constituer une sûreté sur eux. Les acheteurs éventuels et les créanciers garantis risquent de demander une forme de protection (par exemple, une mainlevée du créancier garanti) avant d'entamer des opérations impliquant un bien du constituant. L'absence de description réduirait également la valeur des informations contenues dans le registre pour les représentants de l'insolvabilité et les créanciers judiciaires. Pour ces raisons, la description des biens grevés est toujours un élément obligatoire de l'inscription (voir alinéa b) de la recommandation 57 du *Guide*).

31. Une description d'un bien grevé est généralement jugée suffisante, aux fins tant de la convention constitutive de sûreté que de l'inscription, dans la mesure où elle identifie suffisamment les biens grevés par la sûreté (voir recommandation 63 du *Guide*). Lorsque la sûreté couvre des catégories génériques ou sous-génériques de biens du constituant, les règles relatives à l'inscription prévoient souvent expressément qu'une description de la catégorie concernée ("tous les biens meubles du constituant" ou "l'ensemble des stocks et des créances du constituant", par exemple) est suffisante. Ces règles prévoient également qu'une telle description couvrira les biens futurs dans la catégorie concernée, à moins qu'il n'en soit disposé autrement. Ainsi, le terme "créances" couvrirait à la fois les créances actuelles et futures.

32. Une inscription peut parfois désigner un type de biens (sélectionné par exemple dans un menu déroulant), même si la convention constitutive de sûreté sous-jacente ne couvre que certains éléments précis dans la catégorie concernée. Ainsi, l'inscription pourra faire référence aux biens grevés par la formule "tous les biens meubles corporels", même si la convention constitutive de sûreté crée une sûreté uniquement sur certains biens d'équipement spécifiquement désignés. Cette approche permet au créancier garanti de conclure de nouvelles conventions constitutives de sûreté grevant des biens supplémentaires au fur et à mesure que les besoins financiers du constituant évoluent, tout en pouvant se fier à l'inscription existante pour les questions d'opposabilité et de priorité. Toutefois, pour tenir compte des situations dans lesquelles le constituant n'a pas autorisé de description plus large que l'éventail effectif des biens sur lesquels une sûreté a été créée ou est envisagée, les règles modernes régissant les opérations garanties et l'inscription prévoient généralement ce qui suit: a) le créancier garanti doit modifier l'inscription de manière appropriée dans un bref délai après réception de la demande du constituant; b) le constituant est en droit de demander une modification appropriée par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir recommandations 54 d) et 72).

b) Description de biens portant un numéro de série

33. De nombreux systèmes de registre modernes autorisent les recherches par bien pour certains types de biens qui ont un numéro de série ou un élément d'identification similaire fiable et ont des règles claires pour déterminer l'élément identifiant le bien concerné (par exemple, véhicules à moteur autorisés à rouler sur la voie publique, biens d'équipement industriels, agricoles ou de construction importants ou biens d'équipement ménager). Comme dans de tels systèmes, le numéro de série constitue un critère de recherche supplémentaire, les personnes procédant à l'inscription sont également tenues de le saisir dans l'espace ou le champ réservé à cet effet. Dans certains régimes d'inscription, l'opposabilité aux autres créanciers garantis peut être assurée sans qu'il soit nécessaire de saisir le numéro de série mais, pour protéger les acheteurs, ce numéro doit être indexé. Ceci se justifie par le fait qu'un acheteur n'a pas accès à toutes les informations dont un créancier garanti disposera en faisant preuve de la diligence voulue et a donc besoin du numéro de série pour s'assurer que le titre de propriété est libre de tout droit avant d'accepter de l'acheter.

34. L'inscription d'un numéro de série limite la capacité d'un créancier garanti de rendre opposable une sûreté sur des biens futurs portant un numéro de série au moyen d'une seule inscription. Il devra procéder à une nouvelle inscription (ou modifier l'inscription existante) pour enregistrer le numéro de série de chaque nouvel élément acquis par le constituant (à moins que les numéros de série futurs ne soient connus avant la production des biens et que le système n'autorise l'inscription de plusieurs numéros). C'est pourquoi il est important que les règles confirment également qu'une indication du numéro de série des biens n'est pas requise lorsque ceux-ci font partie des stocks du constituant. En effet, l'identification par numéro de série des biens faisant partie de stocks est inutile pour protéger les tiers, pour les raisons suivantes: premièrement, les acheteurs qui acquièrent de tels biens dans le cours normal des affaires du constituant prennent possession de biens libres de toute sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.44, par. 39 à 41); deuxièmement, une description générique des biens grevés par le terme "stocks" est

suffisante pour permettre à d'autres créanciers garantis ou chirographaires d'identifier raisonnablement les biens grevés.

35. Lorsqu'il y a plusieurs numéros de série acceptables pour le même bien, il devrait y avoir des règles claires indiquant quel numéro doit figurer dans l'inscription, et ces règles devraient également s'appliquer aux recherches. Ainsi, dans certains États, un véhicule à moteur peut être désigné par un numéro d'identification, attribué conformément à la loi sur les véhicules à moteur. Si ce numéro n'existe pas, on peut saisir le numéro de châssis. En l'absence de ces deux numéros, on peut saisir le numéro du fabricant. Dans ces États, une personne effectuant une recherche doit d'abord vérifier s'il existe un numéro d'identification, puis, s'il n'en trouve pas, utiliser pour sa recherche le prochain numéro pertinent.

c) Description du produit

36. En cas de disposition des biens grevés par le constituant, les lois sur les opérations garanties permettent généralement aux créanciers garantis de revendiquer une sûreté automatique sur le produit de la disposition.

37. Lorsque le produit décrit sous forme générique dans l'inscription consiste en espèces ou en droits au paiement de fonds, les règles modernes régissant les opérations garanties et l'inscription prévoient généralement que la sûreté sur ce produit reste automatiquement opposable. Toutefois, si ce produit ne prend pas la forme d'espèces ou de droits au paiement de fonds et n'est pas visé d'une autre façon par l'indication des biens grevés dans l'inscription existante, la sûreté sur le produit reste opposable, sans inscription d'une modification, pendant une brève période après que naît le produit. Si une modification est inscrite pendant cette période, l'opposabilité reste ininterrompue à partir de la date d'inscription initiale (voir recommandations 39 et 40 du *Guide*). Il est alors nécessaire de modifier l'inscription, car la simple mention d'un "produit" dans l'inscription ne permettrait pas à un tiers d'identifier les catégories de biens en la possession du constituant qui pourraient constituer le produit en question. Dans ce cas, les règles d'inscription précisent que les exigences en matière de description qui s'appliquent aux biens initialement grevés s'appliquent également au produit.

38. Dans certains systèmes de registre modernes où l'inscription se fait en ligne, le terme "produit" correspond, par défaut, à la description la plus large possible, à savoir "tous les biens présents et futurs". La personne procédant à l'inscription peut remplacer cette description par défaut par une autre.

d) Conséquences d'une description erronée ou insuffisante des biens sur l'efficacité de l'inscription

i) Généralités

39. Si la personne qui procède à l'inscription omet de décrire un bien dans une inscription, celle-ci est sans effet à hauteur de l'omission, ce qui veut dire qu'une sûreté sur ce bien n'est pas opposable (cette règle s'applique aussi aux produits, sous réserve des conditions examinées au paragraphe 37 ci-dessus). Toutefois, les règles modernes régissant les opérations garanties et l'inscription précisent que l'inscription est privée d'effet uniquement en ce qui concerne les biens omis et que la sûreté grevant les biens décrits dans l'inscription reste opposable (voir recommandation 65 du *Guide*).

40. Contrairement au nom du constituant, la description des biens grevés n'est pas un critère de recherche (à l'exception du numéro de série des biens; voir par. 33 à 35 ci-dessus, voir aussi par. 41, 42 et 63 ci-dessous). Par conséquent, les règles modernes régissant les opérations garanties et l'inscription précisent généralement qu'une erreur mineure dans la description du bien grevé ne prive pas d'effet une inscription, sauf si elle empêche une personne raisonnable effectuant une recherche de conclure que la description correspond bien à l'élément ou au type de bien grevé recherché (voir recommandation 64 du *Guide*).

ii) Erreur dans la description de biens portant un numéro de série

41. Dans les systèmes qui permettent également de procéder à des inscriptions et à des recherches par bien pour certains biens portant un numéro de série, le critère permettant de déterminer si une erreur prive d'effet une inscription devrait être le même que pour une erreur dans l'élément identifiant le constituant, c'est-à-dire la question de savoir si cette erreur ferait échouer une recherche effectuée à partir du numéro correct.

42. Des indications sont également données pour le cas où un numéro de série est correctement saisi dans le registre, mais où l'élément identifiant le constituant comporte une erreur grave pour qu'une recherche effectuée à partir de l'identifiant correct échoue. En principe, un tiers qui effectue une recherche devrait pouvoir se fier entièrement à une recherche effectuée à partir de l'identifiant du constituant ou du numéro de série. Toutefois, toutes les personnes qui effectuent une recherche n'auront pas nécessairement un accès direct aux numéros de série correspondant à certains biens du constituant. De plus, en imposant en fait à ces personnes l'obligation d'effectuer des recherches à partir du numéro de série, on risquerait d'entraîner des difficultés et des coûts excessifs, par exemple dans le cas où un constituant détient de nombreux éléments considérés comme des biens portant un numéro de série. Par conséquent, les règles devraient préciser qu'une erreur dans le numéro de série prive d'effet l'inscription dans la mesure où elle fait échouer une recherche effectuée à partir du numéro correct, même si l'élément identifiant le constituant a été correctement saisi (voir recommandation 63 du *Guide*). On notera que, dans certains régimes d'inscription, un acheteur peut se fier soit à l'élément identifiant le constituant, soit au numéro de série du bien, alors qu'un créancier garanti potentiel peut uniquement se fier à une recherche effectuée à partir du nom ou d'un autre élément identifiant le constituant.

4. Durée de l'inscription

43. Deux approches sont possibles pour déterminer la durée de l'inscription (voir recommandation 69 du *Guide*). La loi sur les opérations garanties peut préciser que toutes les inscriptions s'éteignent à l'expiration d'un délai légal standard (de cinq ans par exemple), l'obligation de veiller à ce que l'inscription soit renouvelée avant l'expiration du délai incombant ensuite au créancier garanti, ou bien elle peut permettre aux créanciers garantis de choisir librement la durée souhaitée de l'inscription. Dans ce cas, la mention du délai sera une composante essentielle de l'efficacité juridique de l'inscription. Dans les systèmes qui adoptent cette seconde approche, il peut être souhaitable de fixer pour les droits d'inscription un tarif proportionnel à la durée choisie par la personne procédant à l'inscription, de manière à dissuader celle-ci de choisir une durée trop longue. Il peut aussi être

souhaitable de faire en sorte que le système n'autorise pas les inscriptions pour une période trop courte (deux semaines par exemple) ou supprime automatiquement les inscriptions sans date d'expiration. On notera toutefois que les régimes d'inscription modernes prévoient généralement qu'une erreur concernant la durée ne prive pas d'effet une inscription (voir recommandation 66 du *Guide*).

5. Montant maximum de l'obligation garantie

44. Certaines règles régissant les opérations garanties et l'inscription exigent qu'une personne procédant à l'inscription indique le montant maximum garanti par la sûreté (c'est une possibilité laissée ouverte dans le *Guide*; voir recommandation 57 d)). Par conséquent, la sûreté n'est pas opposable au-delà du montant maximum de la créance garantie (en aucun cas, le créancier garanti ne peut réclamer davantage que le capital, les intérêts et les dépenses éventuellement convenues qui lui sont effectivement dus). Cette exigence vise à faciliter l'accès du constituant à des sources additionnelles de financement garanti sur la base de la valeur résiduelle du bien une fois pris en compte le montant nécessaire pour satisfaire l'obligation garantie par une sûreté inscrite antérieurement.

45. Les parties sont toujours libres de convenir d'un montant maximum suffisamment élevé pour couvrir tout besoin prévisible en cas d'accroissement ultérieur de la valeur de l'obligation garantie. Toutefois, si le créancier garanti a un pouvoir de négociation suffisant face au constituant pour gonfler le montant indiqué, l'objectif de cette exigence est compromis. Quoi qu'il en soit, lorsque cette approche est adoptée, la mention du montant en question est déterminante pour la validité d'une inscription. On notera toutefois que, comme c'est le cas des erreurs concernant la durée de l'inscription, les régimes d'inscription modernes prévoient généralement qu'une erreur concernant le montant maximum de l'obligation garantie ne prive pas d'effet l'inscription (voir recommandation 66 du *Guide*). On notera également que l'indication, dans les données d'inscription, du montant maximum de l'obligation garantie soulève des questions de confidentialité et de concurrence.

F. Inscription des modifications ultérieures

1. Transfert d'une sûreté

46. Si un créancier garanti transfère une sûreté rendue opposable par inscription, il ne devrait pas être obligatoire d'actualiser l'inscription pour indiquer le nom du nouveau créancier garanti étant donné que le critère de recherche pertinent est l'élément identifiant le constituant, et non celui qui identifie le créancier garanti. Toutefois, il devrait être possible d'apporter une telle modification, car le créancier garanti initial ne voudra pas, en général, continuer à répondre aux demandes d'information provenant de tiers et le nouveau créancier garanti voudra s'assurer de recevoir toute notification légale ou autres communications liées à sa sûreté (voir recommandation 75 du *Guide*). En outre, le créancier garanti initial devrait être légalement tenu de communiquer l'identité du nouveau créancier garanti au moins au constituant, pour que ce dernier puisse obtenir des informations actuelles concernant la sûreté inscrite et l'obligation correspondante.

2. Renonciation à la priorité

47. Lorsqu'un créancier garanti convient de subordonner une sûreté inscrite au droit d'un autre créancier garanti, il devrait être autorisé à modifier l'inscription pour révéler cette subordination. Toutefois, ceci devrait être facultatif car la subordination a uniquement une incidence sur leur rang de priorité respectif (voir recommandation 94 du *Guide*).

3. Modification de l'élément identifiant le constituant ou transfert d'un bien grevé

48. Une modification du nom ou d'un autre élément identifiant le constituant, ou le transfert, par le constituant, de son droit sur le bien grevé, peuvent porter atteinte à la fonction de publicité de l'inscription. L'élément identifiant le constituant est le principal critère de recherche et une recherche effectuée à l'aide du nouvel élément identifiant le constituant ou de l'élément identifiant le bénéficiaire du transfert ne révélera pas une sûreté inscrite sous l'ancien nom ou sous l'élément identifiant le constituant initial.

49. Les États adoptent différentes approches concernant la question de savoir si un créancier garanti devrait modifier une inscription dans ces circonstances et à quel moment il devrait le faire. Lorsque la divulgation est requise, les régimes d'inscription modernes précisent ce qui constitue une modification de l'élément identifiant dans le contexte, en particulier, des fusions de sociétés et l'effet d'une absence de modification dans ces circonstances (voir recommandation 61 du *Guide*).

4. Ajout de nouveaux biens grevés

50. Après la conclusion de la convention constitutive de sûreté initiale, le constituant peut convenir d'octroyer une sûreté sur des biens supplémentaires qui ne sont pas encore décrits dans la convention. Dans ce cas, la question se pose de savoir si une nouvelle inscription est nécessaire ou s'il est possible de modifier l'inscription initiale. Lorsque c'est la deuxième option qui est choisie, les régimes d'inscription modernes précisent que la sûreté sur les biens supplémentaires ne devient opposable et n'acquiert un rang de priorité qu'à partir du moment où la modification a été inscrite (voir recommandations 70 et 73 du *Guide*).

5. Prorogation

51. Les régimes d'inscription modernes prévoient que la durée d'une inscription existante peut être prolongée par la présentation d'un avis de modification à tout moment avant l'expiration de la durée de l'inscription initiale, ce qui permet d'éviter une interruption de l'opposabilité initiale. Si une nouvelle inscription était exigée, cela porterait atteinte au rang de priorité initial du créancier garanti et à la continuité de l'opposabilité de sa sûreté. Comme la durée initiale de l'inscription, la durée de sa prorogation peut être fixée par la loi ou choisie par la personne procédant à l'inscription. Dans le premier cas, la durée de la prorogation devrait être égale à la durée initiale. Si la loi autorise la personne procédant à l'inscription à spécifier la durée de l'inscription, celle-ci pourra également choisir la durée de la prorogation. Dans ce deuxième cas, la personne procédant à l'inscription pourra choisir par exemple une durée d'inscription initiale de cinq ans et une durée de prorogation de trois ans (voir recommandation 69 du *Guide*).

6. Correction en cas d'expiration ou d'annulation erronée

52. Si un créancier garanti ne renouvelle pas une inscription en temps voulu ou s'il enregistre involontairement une annulation, certains systèmes lui permettent de rétablir l'inscription à tout moment. Dans ce cas, l'inscription reprend effet à compter du moment où elle est rétablie (voir recommandation 47 du *Guide*); et c'est à partir de ce moment que commence la priorité conférée par l'inscription rétablie (voir recommandation 96 du *Guide*). Par conséquent, s'il y a un délai entre l'expiration et le rétablissement de l'inscription, la priorité initiale est perdue, mais seulement à l'égard des réclamants concurrents dont le droit est né pendant ce délai.

G. Moment de prise d'effet de l'inscription

53. Lorsque les informations relatives à l'inscription sont transmises sous forme électronique, les systèmes de registre sont généralement programmés pour que la date d'inscription ne soit fixée qu'une fois que les informations ont été correctement saisies dans les fichiers du registre. Ainsi, le moment où l'inscription prend effet coïncide avec celui où elle devient accessible à des tiers qui souhaitent effectuer des recherches.

54. Dans les systèmes qui permettent le dépôt d'avis d'inscription sur papier, les approches varient. Dans certains États, la date d'inscription est attribuée dès que l'avis sur papier est reçu par le conservateur du registre. Toutefois, le décalage qui en résulte entre le moment où l'inscription prend effet et le moment où elle devient accessible aux personnes effectuant des recherches crée un risque de priorité pour les tiers, qui risquent d'être liés par une inscription qui n'apparaît pas encore dans les données accessibles au public. Pour régler ce problème, le système peut être programmé pour indiquer une "heure d'actualité du fichier", antérieure à l'heure où la recherche est réellement effectuée. Dans ce cas, les résultats de la recherche afficheront uniquement les inscriptions effectives jusqu'à ce moment précis. Il en résulte que les tiers intéressés, après avoir effectué une première recherche et procédé à une inscription pour assurer leur position prioritaire, devront effectuer une deuxième recherche avant de pouvoir avancer des fonds en toute confiance ou agir d'une autre manière en se fiant aux données du registre. La meilleure pratique consiste à faire dépendre la date d'inscription du moment où les informations sont saisies dans les fichiers du registre, si bien que le moment de prise d'effet de l'inscription correspond au moment où elle est consultable (voir recommandation 70 du *Guide*). Avec les avancées technologiques, la saisie des informations s'accélère et il y a de moins en moins de retards dus au fait qu'une quantité excessive d'informations doit être saisie. Toutefois, ce genre de retard peut subsister lorsque la technologie est obsolète ou que l'inscription par voie électronique n'est pas possible, ce qui entrave indûment l'accès au crédit.

H. Annulation ou modification obligatoire de l'inscription

55. Une inscription peut ne pas ou ne plus correspondre à une sûreté existante entre les parties qui y sont nommées. Cela peut se produire quand, après l'inscription, un prêt garanti envisagé ne s'est pas matérialisé ou si la relation prêteur-emprunteur garantie par l'inscription a pris fin. Dans ce cas, le fait que

l'inscription subsiste dans les fichiers du registre limitera la capacité du constituant de vendre ou de créer une nouvelle sûreté sur les biens décrits dans l'inscription.

56. En général, un créancier garanti sera disposé à faire annuler une inscription à la demande de la personne désignée comme constituant. Toutefois, une procédure judiciaire ou administrative simplifiée devrait être mise en place pour forcer l'annulation de l'inscription en cas de refus du créancier garanti (voir recommandation 72 du *Guide*). La procédure devrait être simple et rapide, surtout si elle nécessite l'intervention du conservateur du registre, car ce dernier n'est pas un organe juridictionnel habilité à évaluer des preuves et examiner des arguments de droit concurrents.

57. Des questions similaires se posent lorsqu'une inscription contient des informations incorrectes qui risquent de compromettre la capacité de la personne désignée comme constituant d'administrer ses biens en faveur d'autres créanciers garantis ou d'acheteurs. Ainsi, la description des biens grevés contenue dans l'inscription peut inclure des éléments qui en fait ne sont pas couverts par une convention constitutive de sûreté sous-jacente. Par conséquent, la procédure devrait être conçue de manière à permettre également au constituant de modifier les informations contenues dans l'inscription afin qu'elle reflète l'état réel de la relation entre les parties.

58. Pour régler ces problèmes, certains régimes d'inscription modernes permettent au constituant et à toute personne qui a un droit sur les biens décrits dans l'inscription d'envoyer un avis écrit au créancier garanti désigné sur celui-ci, en vue d'annuler ou de modifier l'inscription dans les cas suivants: a) toutes les obligations visées par la convention constitutive de sûreté à laquelle l'inscription se rapporte ont été satisfaites; b) le créancier garanti est convenu de lever la sûreté sur tout ou partie des biens décrits dans l'inscription; c) la description des biens grevés figurant dans l'inscription comprend des biens qui ne sont pas grevés aux termes de la convention constitutive de sûreté entre les parties; ou d) il n'existe pas de convention constitutive de sûreté entre les parties. Si le créancier garanti ne répond pas dans un certain délai, la personne qui présente la demande peut s'adresser à un tribunal ou au conservateur du registre pour faire inscrire l'annulation ou la modification, sous réserve de prouver que la demande a été notifiée au créancier garanti mais n'a pas été satisfaite. L'inscription peut être annulée ou modifiée conformément à la demande, à moins que, dans un certain délai après avoir été avisé de la requête adressée au tribunal ou au conservateur, le créancier garanti n'obtienne une décision de justice qui la maintient (voir recommandation 72 du *Guide*). Il faudra veiller à ne pas demander au conservateur d'évaluer des preuves et d'examiner des arguments de droit comme s'il s'agissait d'un organe juridictionnel.

59. Un créancier garanti devrait pouvoir modifier ou annuler une inscription à tout moment (voir recommandation 73 du *Guide*). Une fois qu'une inscription a été annulée, elle devrait être supprimée des fichiers accessibles pour des recherches. Toutefois, dans les systèmes d'inscription modernes, les informations sont conservées dans des archives qui ne sont pas accessibles pour des recherches, mais qui peuvent être retrouvées si nécessaire. Il peut par exemple être nécessaire de retrouver des informations pour déterminer quelle était la priorité d'une sûreté à un moment donné (voir recommandation 74 du *Guide*).

I. Droit d'effectuer des recherches

60. Pour atteindre ses objectifs en matière de publicité, un registre des sûretés moderne doit être officiellement accessible à des tiers effectuant des recherches (voir recommandation 54 f) du *Guide*). Un utilisateur peut effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci (voir recommandation 54 g) du *Guide*). Les inscriptions sont normalement indexées et peuvent être retrouvées par les utilisateurs à partir de l'élément identifiant le constituant (voir recommandation 54 h) du *Guide*). Ces règles s'appliquent à tous les types de recherches, indépendamment du critère de recherche (élément identifiant le constituant, description ou numéro de série des biens, ou numéro d'inscription).

61. Un rapport de recherche devrait en règle générale contenir les informations disponibles dans le fichier public du registre (élément identifiant le constituant et le créancier garanti ou son représentant, description du bien grevé et, si nécessaire, montant maximum de l'obligation garantie; voir recommandations 54 a) et 57 du *Guide*). Les frais d'inscription et de recherche éventuels ne devraient pas être plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts de mise au point et de fonctionnement du registre (voir recommandation 54 i) du *Guide*). Le processus d'inscription et de recherche devrait si possible être électronique (voir recommandation 54 j) du *Guide*). Enfin, le registre devrait être conçu de manière à être accessible en continu, sauf pendant de brèves périodes où il doit faire l'objet d'opérations programmées de maintenance courante (voir recommandation 54 l) du *Guide*).

62. Dans un souci de confidentialité, certains États ne donnent accès au registre qu'aux personnes qui ont un intérêt réel manifeste dans les affaires du constituant. Dans ces États, les personnes qui veulent effectuer des recherches doivent prouver qu'elles ont de bonnes raisons de le faire et c'est au conservateur du registre qu'il appartient d'en décider. Cette situation résulte du fait que l'on n'a pas bien compris que la création d'un registre a pour objectif de permettre à des tiers qui envisagent d'acquérir un droit sur un bien particulier (notamment par la vente, la réalisation d'une sûreté ou l'exécution d'un jugement) de déterminer si et dans quelle mesure les biens du constituant sont déjà grevés. En outre, le fait d'obliger les personnes effectuant des recherches à prouver qu'elles ont un intérêt dans les affaires commerciales du constituant nécessiterait la mise en place d'un processus administratif adapté et l'intervention du personnel du registre. Cette approche serait incompatible avec les principes de transparence et d'efficacité d'un système de registre moderne. Dans certains États, une personne effectuant une recherche ne doit avoir un motif justifié que si la recherche concerne un constituant particulier. Cette approche s'explique par la nécessité de protéger la vie privée des constituants. Dans ces États, toutefois, des acheteurs ou des prêteurs potentiels peuvent effectuer des recherches à partir des renseignements personnels d'un constituant.

J. Critères de recherche

63. Le fait que l'élément identifiant le constituant et, dans les systèmes qui permettent l'inscription supplémentaire des biens par numéro de série, le numéro de série ou tout autre numéro identifiant un bien sont les critères de recherche les plus couramment reconnus devra être expressément pris en compte dans les règles

juridiques applicables et les formulaires de recherche. Les critères d'inscription et de recherche étant parallèles, il faudrait préciser que les règles qui régissent les éléments identifiant le constituant et les biens aux fins de l'inscription s'appliquent également au processus de recherche.

64. Lorsqu'un registre permet l'inscription à la fois de l'élément identifiant le constituant (que ce soit un nom ou un numéro) et du numéro de série du bien grevé, les deux éléments devraient être inscrits. Cela faciliterait les recherches, étant donné que les deux critères de recherche permettraient de retrouver l'inscription.

65. Le numéro d'inscription attribué par le registre à une inscription et communiqué au créancier garanti et au constituant (ce qui peut être fait automatiquement par le système de registre) est également un critère de recherche fréquemment disponible. L'objectif est de fournir à une personne procédant à une inscription ou effectuant une recherche un autre moyen de retrouver une inscription. Il convient de noter que certains systèmes de registre sont conçus de telle manière que seules les recherches effectuées à partir du numéro de l'inscription initiale sont possibles, tandis que d'autres permettent les recherches à partir des numéros d'inscription attribués à des modifications.

66. De nombreux registres permettent également de créer un index des noms des créanciers garantis. De fait, le logiciel du registre est conçu de manière à fournir un outil de recherche qui permette de trouver des renseignements à partir de différents critères, tels que le nom du créancier garanti. Ainsi, le personnel du registre peut, au nom d'un créancier garanti, procéder efficacement à une modification globale lorsque le créancier garanti change de nom ou d'adresse. De nombreuses sociétés de services proposent également à leurs clients d'effectuer ces "modifications globales". Une question qu'il faudrait examiner est celle de savoir si le personnel du registre devrait avoir la possibilité de déterminer les renseignements devant faire l'objet d'une modification globale.

67. En tout état de cause, le nom ou tout autre élément identifiant le créancier garanti n'est généralement pas considéré comme un critère de recherche pour les recherches effectuées par le public. L'identité du créancier garanti ne présente guère d'intérêt au regard des objectifs juridiques du système de registre (voir recommandation 64 du *Guide*). Autoriser le public à effectuer des recherches pourrait être contraire aux attentes raisonnables des créanciers garantis en matière de confidentialité, étant donné par exemple qu'un fournisseur de crédit pourrait effectuer une recherche dans le registre pour obtenir la liste de ses concurrents (voir chap. IV, par. 81, du *Guide*).

K. Langue de l'inscription et de la recherche

68. Les règles modernes en matière de registre traitent également la question de la langue à utiliser pour la saisie des informations lors d'une inscription. En règle générale, c'est la langue officielle de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. Dans les États qui ont plusieurs langues officielles, les inscriptions peuvent généralement être effectuées dans l'une quelconque de ces langues. Les résultats de la recherche seront affichés dans la langue utilisée lors de l'inscription (voir chap. IV, par. 44 à 46, du *Guide*).

V. Conception, administration et fonctionnement des registres

A. Introduction

69. Les questions liées à la conception technique, à l'administration et au fonctionnement jouent un rôle primordial dans l'efficacité et l'utilité d'un système de registre. Certaines des questions qu'il pourrait être utile d'examiner dans le texte sur l'inscription sont esquissées dans le présent chapitre.

B. Dossiers d'inscription électroniques ou papier

70. Par le passé, les dossiers d'inscription étaient conservés sous forme de documents papier puis éventuellement mis sous forme électronique. Dans certains États, c'est encore le cas. Les coûts opérationnels et administratifs de cette méthode de conservation sont très élevés. En revanche, dans tous les registres modernes, les données d'inscription sont saisies et conservées sous forme électronique dans une base de données centralisée (voir par. 38 à 43, chap. IV, du *Guide*).

71. Par rapport aux dossiers papier, un registre électronique offre, en termes d'efficacité, des avantages énormes, dont les suivants:

a) Réduction considérable du travail d'administration et d'archivage (il incombe au créancier garanti de s'assurer de l'exactitude des données d'inscription);

b) Réduction des risques de dommage matériel, de vol et de sabotage;

c) Possibilité de rassembler toutes les inscriptions dans un fichier unique, indépendamment du lieu où les données ont été saisies; et

d) Mise en place de processus d'inscription et de recherche plus simples, rapides et peu coûteux.

C. Dossiers d'inscription centralisés et unifiés

72. Dans les systèmes de registre modernes, même si les personnes procédant à l'inscription ont le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre (voir recommandation 54 k) du *Guide*), le dossier est conservé sous forme électronique dans une base de données unique centralisée (voir recommandation 54 e) du *Guide*). Cette approche garantit l'efficacité, l'accessibilité et la transparence du registre. L'égalité d'accès des utilisateurs se trouvant dans des lieux éloignés est assurée grâce à la transmission rapide des données saisies par les moyens de communication modernes. En outre, les moyens de communication modernes permettent d'établir des mécanismes d'accès en ligne aux dossiers d'inscription centralisés et unifiés (voir par. 21 à 24, chap. IV, du *Guide*).

D. Accès des utilisateurs aux dossiers d'inscription

73. Un registre informatisé permet de concevoir le système de telle manière que les utilisateurs puissent saisir des données et effectuer des recherches directement sans avoir besoin de l'aide ou de l'intervention du personnel du registre. Ainsi, la

plupart des systèmes modernes autorisent la soumission des données d'inscription ainsi que l'interrogation du fichier et l'extraction des résultats par Internet ou par des systèmes de communication spécialisés (voir par. 25 et 26, chap. IV, du *Guide*).

74. Par rapport à un système dans lequel les données d'inscription doivent être saisies et les recherches effectuées par le personnel du registre pour le compte des utilisateurs, un système à accès électronique administré par les utilisateurs présente les avantages suivants:

a) Réduction importante des effectifs et des autres dépenses courantes du registre;

b) Réduction du risque d'erreur et des possibilités de fraude ou de corruption de la part du personnel du registre;

c) Diminution correspondante du risque de voir la responsabilité du registre engagée à l'égard des utilisateurs qui pourraient autrement subir un préjudice parce que le personnel du registre n'a pas saisi les données d'inscription et de recherche ou ne les a pas saisies correctement;

d) Accessibilité du système 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.

75. Compte tenu de ces avantages, un système de registre moderne devrait être conçu de manière à permettre aux utilisateurs d'accéder directement aux inscriptions et d'effectuer des recherches par voie électronique. Ainsi, les utilisateurs fréquents (tels que les institutions financières, les concessionnaires automobiles et les avocats représentant des créanciers) pourraient accéder à la base de données depuis leur propre ordinateur après avoir ouvert un compte d'accès au registre. Les utilisateurs occasionnels pourraient accéder au système par le biais de terminaux informatiques situés dans les administrations publiques locales sur l'ensemble du territoire d'un pays. En outre, compte tenu de la diminution considérable des coûts résultant de l'accès électronique direct, des fournisseurs de services du secteur privé pourront souvent procéder à l'inscription ou effectuer des recherches pour le compte d'utilisateurs moyennant un surcoût minime.

76. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité de la base de données du registre, tous les utilisateurs recevront un code d'accès et un mot de passe uniques. Pour procéder à une inscription, les utilisateurs devront soit avoir déjà ouvert un compte d'accès au registre, soit produire des documents d'identité s'ils utilisent les terminaux informatiques accessibles au public. Cette formule permet d'éliminer pratiquement tout risque de radiation ou de modification frauduleuse ou non autorisée. Elle permettrait également de débiter automatiquement les frais sur le compte des utilisateurs et d'exercer un contrôle institutionnel sur les droits d'accès.

E. Considérations touchant à la conception et à l'exploitation

1. Création d'une équipe chargée de la mise en place du registre

77. Il est essentiel que les techniciens responsables de la mise en place du système de registre soient pleinement informés des objectifs juridiques du système ainsi que des besoins pratiques du personnel qui sera chargé de l'administrer et de ses utilisateurs potentiels. Par conséquent, il est nécessaire de constituer, dès la phase

initiale du processus de conception, une équipe représentative des attentes et des compétences des utilisateurs sur les plans technique, juridique et administratif.

2. Responsabilité de la conception et de l'exploitation

78. Il faut dès le départ déterminer si le registre doit être conçu et exploité par les services internes d'un organisme public ou en partenariat avec une entreprise privée dont on connaît les compétences techniques et la rigueur financière. Même dans le cas d'un partenariat, les États devraient assumer la responsabilité finale, en ce qui concerne la supervision et sur le plan juridique, et rester propriétaires du matériel informatique et des logiciels.

3. Capacité du système

79. L'équipe chargée de la mise en place devrait prévoir la capacité de la base de données du registre, en fonction notamment de la question de savoir si le registre doit couvrir les opérations de financement garanti concernant aussi bien les consommateurs que les entreprises, auquel cas on peut s'attendre à ce que le nombre d'inscriptions soit beaucoup plus important. Lors de la planification des capacités du système, il faut tenir compte non seulement de la taille prévue de la base de données mais aussi de l'ajout possible d'applications et de fonctions supplémentaires (par exemple, l'élargissement ultérieur de la base de données du registre pour permettre l'inscription de jugements ou de sûretés non conventionnelles ou l'ajout de liens vers d'autres bases de données de l'administration publique telles que le registre national des entreprises ou d'autres registres des biens mobiliers ou immobiliers).

4. Programmation

80. Les spécifications de programmation du registre seront fonction des critères d'inscription et de recherche applicables et en particulier de la question de savoir si l'inscription, l'indexation et la recherche seront seulement possibles à partir de l'identifiant du constituant ou également à partir du numéro de série. Les spécifications matérielles et logicielles devraient être solides et sécurisées par des fonctionnalités qui réduisent le risque de corruption des données, d'erreur technique et de piratage. Outre les programmes de bases de données, des logiciels devront être mis au point pour gérer les communications avec les utilisateurs, les comptes d'accès, le paiement des frais et la comptabilité, les liens électroniques entre différents registres, les communications entre ordinateurs et la collecte de données statistiques sur les inscriptions et les recherches.

81. Dans certains États où les constituants et les biens sont souvent identifiés par un numéro, le registre est conçu de manière qu'il puisse vérifier le numéro dans un registre externe. Par exemple, un numéro de série peut être vérifié dans la base de données externe pertinente lorsque cela est possible (par exemple, le registre des véhicules automobiles ou le registre des entreprises), permettant ainsi de s'assurer que le numéro correct a été saisi.

5. Qualité des données

82. Un registre des opérations garanties reposant sur l'inscription d'avis n'a pas pour objet de garantir ou de prouver l'existence ou l'opposabilité des sûretés visées

par l'inscription. Néanmoins, le système peut être conçu de manière à garantir un niveau de qualité minimum des informations saisies tout en empêchant également les personnes procédant à une inscription de commettre des fautes d'inattention, notamment en prévoyant des champs obligatoires, un contrôle des entrées, des menus déroulants et une aide en ligne.

6. Serveurs de secours

83. Bien qu'un registre électronique soit par définition moins vulnérable aux dommages matériels et au sabotage qu'un dossier papier, des serveurs de secours devraient être mis en place pour garantir l'accès et le fonctionnement ininterrompu en cas de défaillance des serveurs principaux.

7. Rôle du personnel du registre et responsabilité

84. Le rôle du personnel du registre devrait se limiter pour l'essentiel à gérer et faciliter l'accès des utilisateurs, à faire payer les frais et à surveiller le fonctionnement et la maintenance du système. S'il appartient aux personnes procédant à l'inscription de saisir les données d'inscription et d'en vérifier l'exactitude, elles assument l'entière responsabilité des éventuelles erreurs ou omissions et il leur incombe d'apporter les corrections ou modifications nécessaires.

85. La responsabilité éventuelle du registre ne peut donc être invoquée que: a) si des informations ou des conseils oraux inexacts ou trompeurs ont été donnés; et b) en cas de perte due à des résultats de recherche incorrects ou incomplets en raison d'une défaillance du système. Le personnel du registre devrait également être chargé de surveiller continuellement le bon (ou le mauvais) fonctionnement du registre dans la pratique et notamment de recueillir des données statistiques sur le nombre et le type d'inscriptions et de recherches effectuées afin que l'on puisse, si nécessaire, modifier rapidement les lois applicables ou les processus d'inscription et de recherche concernés (voir recommandation 56 du *Guide*). Chaque État devra adopter des règles précisant, le cas échéant, l'étendue de sa responsabilité pour ces risques.

8. Financement des coûts initiaux de mise en place et de fonctionnement (frais d'inscription et de recherche)

86. La mise en place d'un registre électronique moderne nécessite un investissement initial pour couvrir les coûts de l'élaboration du registre, du matériel et des logiciels. Toutefois, étant donné le faible coût de fonctionnement d'un registre électronique, cet investissement devrait être amorti assez rapidement une fois le registre en place. Les frais d'inscription et de recherche devraient être fixés à prix coûtant et ne devraient pas être utilisés pour obtenir des recettes fiscales. Autrement, l'augmentation du coût des opérations qui en résulterait compromettrait le succès général de la réforme (voir recommandation 54 i) du *Guide*).

87. Si le registre est mis au point et exploité en partenariat avec un fournisseur de services et de solutions logicielles, l'investissement initial dans l'infrastructure du registre peut être réalisé par le partenaire sous réserve qu'il puisse recouvrer son investissement en facturant des frais d'utilisation une fois que le registre est en place et fonctionne.

9. Formation théorique et pratique

88. Pour assurer une mise en place sans heurts du système de registre et son adoption rapide par les utilisateurs potentiels, l'équipe chargée de le mettre en place devra élaborer des programmes de formation théorique et pratique, diffuser des documents de promotion et d'information et organiser des stages de formation.

VI. Autres questions

A. Supervision et fonctionnement du registre

89. On pourrait donner des orientations utiles aux États en passant en revue les approches actuellement suivies pour déterminer les services publics les mieux placés pour mettre en place le registre et superviser son fonctionnement et les différentes façons dont ce fonctionnement peut être assuré. D'après le *Guide*, l'exploitation courante du registre peut être confiée à une entité privée, mais les États devraient conserver la responsabilité de veiller à ce que le registre fonctionne conformément au cadre juridique établi (voir chap. IV, par. 47 et recommandation 55 a) du *Guide*).

B. Inscription des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition

90. Les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition bénéficient d'une priorité spéciale. Une question qui pourrait être examinée est celle de savoir si l'inscription devrait indiquer qu'elle concerne une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition.

C. Mesures de lutte contre la corruption

91. Le registre devrait être conçu de manière à rendre la corruption le plus difficile possible. Diverses mesures peuvent être envisagées notamment: a) faire en sorte qu'il soit impossible au personnel du registre de modifier la date et l'heure de l'inscription, ainsi que les autres informations saisies par la personne procédant à l'inscription; b) ne pas donner au personnel du registre le pouvoir de décider de l'acceptation ou du rejet d'une inscription; et c) empêcher tout contact entre le personnel du registre et les paiements de frais en liquide.

D. Transition

92. La question de la transition et de la migration des données existantes (sûretés réelles mobilières) lors de la création d'un nouveau registre devra également être examinée. Cet aspect est essentiel et les États devront recevoir des orientations sur les mesures à prendre pour moderniser les registres existants.

E. Règlement des litiges

93. Un mécanisme peut être envisagé pour régler les litiges entre les parties concernées par l'inscription de sûretés réelles mobilières. Ce mécanisme devrait inclure les procédures judiciaires ou administratives simplifiées qui ont été évoquées dans le contexte de la radiation ou de la modification de l'inscription (voir par. 55 à 59 ci-dessus). Il pourrait également prévoir des procédures de règlement rapide des litiges à l'amiable, telles que la médiation et l'arbitrage en ligne.

A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-huitième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Articles
I.	Généralités	1
II.	Services du Registre	2-8
III.	Inscriptions	9-15
IV.	Accès aux services du Registre	16-17
V.	Informations relatives à l'inscription	18-29
VI.	Vérification et rétablissement	30-31
VII.	Obligations du créancier garanti	32-33
VIII.	Recherches	34-35
IX.	Frais	36

I. Généralités

Article 1: Définitions

Aux fins du présent Règlement:

a) Le terme "modification" signifie:

i) Prorogation de la durée d'une inscription (renouvellement d'une inscription);

ii) Suppression d'un créancier garanti, si deux créanciers garantis ou plus sont identifiés dans l'avis inscrit;

iii) Ajout d'un créancier garanti;

iv) Suppression d'un constituant débiteur, si deux constituants débiteurs ou plus sont identifiés dans l'avis inscrit;

v) Ajout d'un constituant;

vi) Suppression d'un bien grevé;

vii) Changement de nom du constituant;

viii) Changement de nom du créancier garanti;

ix) Cession de la créance garantie par le créancier garanti;

x) Cession de rang par le créancier garanti;

xi) Subrogation du droit du créancier garanti;

xii) Changement d'adresse d'un constituant ou d'un créancier garanti; [et

xiii) Modification du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée;]

b) Le terme "bien attaché à un immeuble" désigne le bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un immeuble au point que, même s'il n'a pas perdu son identité distincte, il est traité comme un immeuble en vertu du droit de l'État où est situé cet immeuble;

c) Le terme "stocks" désigne les biens meubles corporels qu'une personne détient pour les vendre ou les louer dans le cours normal de ses affaires, ainsi que les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication)[1];

d) Le terme "véhicule automobile" désigne un engin mû essentiellement par une force autre que la force musculaire, pouvant transporter ou tirer une personne ou un objet et destiné à être utilisé sur route ou sur un terrain naturel. Il peut notamment s'agir d'une bicyclette à pédales équipée d'un moteur, d'un engin servant à la construction ou à l'entretien de routes ou encore d'une moissonneuse-batteuse ou d'un tracteur, mais pas d'un véhicule sur rails ni d'une machine destinée uniquement à l'agriculture et autre qu'une moissonneuse-batteuse ou un tracteur;

e) Le terme "avis" désigne les informations transmises au Registre aux fins d'effectuer, de modifier ou d'annuler une inscription comme le prévoit le présent Règlement[2];

f) Le terme "numéro de série" désigne:

i) Dans le cas d'un véhicule automobile, le numéro d'identification du véhicule estampillé sur le châssis ou apposé à celui-ci par le fabricant;

ii) Dans le cas d'un bateau, le numéro de série qui y est estampillé ou apposé par le fabricant;

iii) Dans le cas d'un aéronef immatriculé conformément à la législation d'un État partie à la Convention relative à l'aviation civile internationale (1944), l'immatriculation attribuée à son fuselage par l'autorité pertinente; et

iv) Dans le cas de tout autre aéronef, le numéro de série estampillé au fuselage ou apposé à celui-ci par le fabricant;

g) Le terme "mot de passe" désigne notamment une clef numérique ou alphabétique délivrée par le Registre ou sous son autorité;

h) Le terme "personne procédant à l'inscription" désigne la personne qui soumet au Registre des informations dans un avis aux fins d'effectuer une inscription, de la modifier ou d'y mettre fin;

i) Le terme "inscription" englobe la modification d'une inscription;

---

[1] Voir le terme "stocks" dans l'introduction du *Guide*, section B, Terminologie et interprétation.

[2] Voir le terme "avis" dans l'introduction du *Guide*, section B, Terminologie et interprétation.

j) Le terme "numéro de l'inscription" est un numéro unique attribué par le Registre à chaque inscription et définitivement associé à celle-ci; et

k) Le terme "identifiant" désigne un code d'identification attribué par le conservateur du Registre à un créancier garanti, une personne procédant à l'inscription ou un constituant conformément au présent Règlement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être, pour l'examen des définitions ci-dessus ainsi que d'autres définitions, se fonder dans la mesure du possible sur la terminologie du* Guide *(voir le* Guide*, sect. B, Terminologie et interprétation). À cet égard, il voudra peut-être noter que la terminologie employée dans le texte qui suit correspond dans la mesure du possible avec celle du* Guide *(bien que cette dernière fasse partie du commentaire et non des recommandations). Par exemple, le terme "avis" a été retenu et non le terme "informations", bien que ce dernier semble plus pertinent et plus neutre et que le terme "avis" soit défini de manière légèrement différente dans le présent Règlement.*]

II. Services du Registre

Article 2: Création du Registre

Le Ministère de [...] ou un autre organisme habilité par la loi régissant les sûretés réelles mobilières de l'État adoptant (la "Loi") crée un registre [électronique] des sûretés réelles mobilières (le "Registre") aux fins de recevoir, conserver et tenir à la disposition du public les [avis] [informations] [relatifs/relatives] aux sûretés réelles mobilières conformément à la Loi et au présent Règlement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa a) de la recommandation 55 du* Guide *dispose que, bien que l'exploitation courante du Registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste tenu de veiller à ce que le Registre soit exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui. Cela ne signifie pas nécessairement que l'État doive "créer" le Registre. Dans plusieurs juridictions, le Registre est en fait créé par un organisme du secteur privé tel que la Chambre de commerce et l'État ne fait que superviser son fonctionnement. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le texte entre crochets. Le mot "électronique" est entre crochets parce que le* Guide *assortit cette recommandation d'une conditionnalité ("s'il est électronique", voir alinéa j) de la recommandation 54). Les mots "avis" et "informations" sont entre crochets parce que le* Guide *parle d'"avis" mais que ce sont des "informations" qui sont inscrites.*]

Article 3: Nomination du Conservateur du Registre et du ou des conservateurs adjoints

1. Le Ministère de [...] ou un autre organisme habilité par la Loi nomme le Conservateur du Registre.

2. Le Conservateur peut nommer un ou plusieurs conservateurs adjoints.

Article 4: Obligations et pouvoirs du Conservateur et du ou des conservateurs adjoints

1. Le Conservateur supervise et administre le fonctionnement du Registre. Ses pouvoirs et obligations sont précisés par le Ministère de [...] ou un autre organisme habilité par la Loi.

2. Ces obligations et pouvoirs ne peuvent être contraires ni à la Loi ni au présent Règlement.

3. Le conservateur adjoint a [les mêmes pouvoirs et obligations que le Conservateur mais agit sous la direction et la supervision de ce dernier] [a les pouvoirs et obligations que lui attribue le Conservateur].

4. Le Registre n'est pas tenu de vérifier l'exactitude des informations figurant dans les avis qui lui sont soumis. Il n'évalue pas le caractère juridiquement suffisant des informations figurant dans un avis et ne détermine pas si elles sont correctes ou incorrectes quant aux faits. Le Registre ne détermine pas si l'inscription, la modification ou l'annulation d'un avis ont été autorisées ou non[3].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les membres de phrase entre crochets au paragraphe 3 du présent article.*]

Article 5: Publicité du Registre

Toute personne peut avoir accès au fichier du Registre pour effectuer une inscription ou une recherche conformément aux dispositions de la Loi et du présent Règlement[4].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il pourrait être précisé dans le commentaire que seul le personnel du Registre a véritablement accès au fichier du Registre ou à la base de données, les autres personnes n'ayant accès qu'à l'interface.*]

Article 6: Heures d'accès au Registre

1. Chaque bureau du Registre est ouvert au public aux jours et heures fixés pour ce bureau par le Conservateur. Les lieux des bureaux du Registre et leurs heures d'ouverture sont publiés sur le site Web du Registre et affichés à chaque bureau[5].

[2. Une personne concluant avec le Conservateur un accord en vertu duquel il peut accéder au Registre au moyen de son propre matériel informatique a en principe accès au fichier du Registre 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.]

3. Nonobstant les dispositions qui précèdent, le Conservateur peut suspendre complètement ou partiellement l'accès au Registre ou aux services du Registre pour en assurer l'entretien ou la maintenance, ou lorsque surviennent des circonstances qui en rendent l'accès impossible ou trop difficile. Un avis annonçant l'interruption momentanée de l'accès ou du service et précisant la durée de cette interruption est publié sur le site Web du Registre et affiché aux bureaux du Registre.

---

[3] Voir le *Guide*, recommandation 54, alinéa d).
[4] Voir le *Guide*, recommandation 54, alinéa f).
[5] Voir le *Guide*, recommandation 54, alinéa l).

Article 7: Conditions d'accès aux services du Registre

1. Les services du Registre ne peuvent être fournis qu'à une personne ayant payé le montant correspondant au service demandé ou disposant d'un compte d'utilisateur suffisamment crédité pour payer les frais de Registre.

2. Un compte d'utilisateur peut être créé pour une personne lorsque celle-ci et le Registre ont conclu un contrat à cet effet. L'accès aux services du Registre se fait conformément au présent Règlement et aux clauses du contrat.

3. Le titulaire d'un compte d'utilisateur doit déposer sur un compte désigné du Registre une somme d'argent qui sera créditée sur son compte d'utilisateur.

4. Lorsque le contrat d'un compte d'utilisateur expire, le Registre rembourse au titulaire du compte le montant du crédit restant sur ce compte.

[5. Les services de recherche électronique du Registre peuvent être accessibles à tous sans frais. Des frais de traitement seront demandés pour une recherche sur papier.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être vérifier si les articles 6 et 7 sont en accord avec les alinéas f) et k) de la recommandation 54, selon lesquels le Registre doit être ouvert au public et les personnes procédant à l'inscription doivent avoir le choix entre plusieurs modes et points d'accès au Registre. Les recommandations du* Guide *prévoient que l'accès au Registre n'est accordé à une personne procédant à une inscription ou effectuant une recherche que sur paiement d'un droit (voir les alinéas c) i) et i)) et que le Registre peut demander et conserver l'identité d'une personne procédant à une inscription mais elles ne prévoient pas de compte d'utilisateur. Le paragraphe 2 de l'article 6 et le paragraphe 5 de l'article 7 apparaissent entre crochets parce qu'ils portent sur les conditions de l'accès électronique au Registre*.]

Article 8: Responsabilité du Registre

L'État [est responsable] [n'est pas responsable] de la perte ou du dommage causés par:

a) Le recours à un résultat de recherche erroné fourni par le Registre;

b) Une défaillance dans le fonctionnement du matériel informatique ou des logiciels du Registre;

c) La modification ou l'annulation non autorisées d'une inscription; [ou/ni]

d) Des informations ou des conseils incorrects fournis par le Conservateur, un conservateur adjoint ou un employé ou un agent du Registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'en vertu de l'alinéa d) de la recommandation 54 du* Guide *et du paragraphe 4 de l'article 4 du présent Règlement, le Registre n'exige pas la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription ni de l'existence d'une autorisation d'inscription de l'avis, et ne réalise pas d'examen approfondi de la teneur de l'avis. Il voudra peut-être aussi envisager de laisser chaque État adoptant libre de décider quel degré de responsabilité il est disposé à assumer en cas de perte ou dommage résultant d'une défaillance dans le fonctionnement du Registre entraînant la modification ou l'annulation non autorisées d'une*

inscription, d'une défaillance du dispositif de sécurité du Registre ou d'un conseil erroné fourni par un membre du personnel du Registre. On pourrait préciser dans le commentaire que dans la mesure ou l'État assume un certain degré de responsabilité, le Règlement devrait fixer la limite de cette responsabilité et le délai de prescription au delà duquel aucune réclamation ne sera acceptée. On pourrait aussi y examiner diverses possibilités pour l'État de prendre une assurance contre de telles réclamations.]

III. Inscriptions

Article 9: Inscription d'un avis

Aux fins de la Loi et du présent Règlement, un avis relatif à une sûreté présente ou future peut être inscrit de manière à être opposable aux tiers lorsque les informations visées à l'article 19 sont saisies dans le fichier du Registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche[6].

Article 10: Date et heure de l'inscription

L'inscription prend effet à la date et à l'heure auxquelles les informations visées à l'article 19 sont saisies dans le fichier du Registre et accessibles aux personnes effectuant une recherche comme le prévoit le présent Règlement. Chaque inscription est identifiée par la date et l'heure de sa prise d'effet[7].

Article 11: Durée de l'inscription

1. L'inscription est valable pour la durée indiquée dans l'avis conformément au paragraphe 2 du présent article.

2. L'inscription peut être valable:

a) Pour un nombre entier d'années, de mois et de jours ne dépassant pas [20] ans; ou

b) Pour un nombre d'années illimité.

3. Aux fins du calcul de la période d'effet de l'inscription, l'année commence à l'heure zéro du jour de l'inscription ou de la date anniversaire du jour de l'inscription. Si le jour de l'inscription ou la date anniversaire du jour de l'inscription tombe le 29 février, la date anniversaire pour une année non bissextile est le premier jour de mars.

4. L'inscription peut être renouvelée à tout moment avant son expiration et, sous réserve du paragraphe 2 du présent article, la période d'effet de l'inscription est prorogée pour la durée indiquée dans l'avis transmis au Registre aux fins du renouvellement[8].

---

[6] Voir le *Guide*, recommandations 54, alinéa b), 67 et 70.
[7] Voir le *Guide*, recommandation 70.
[8] Voir le *Guide*, recommandation 69.

Article 12: Inscription anticipée

Un avis peut être inscrit avant ou après la conclusion de la convention constitutive ou la constitution de la sûreté auxquelles il se rapporte[9].

Article 13: Inscription de sûretés multiples découlant de plusieurs conventions constitutives

Un avis peut porter sur une ou plusieurs sûretés existant au moment de l'inscription ou constituées par la suite, et découlant d'une ou plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties[10].

Article 14: Indexation des avis inscrits

1. Les avis relatifs aux sûretés présentes ou futures sur tous les types de biens meubles et saisis dans le fichier du Registre doivent être indexés suivant le nom du constituant comme le prévoit le présent Règlement et le Registre doit attribuer un numéro d'inscription à chaque inscription.

[2. Les avis relatifs à des sûretés sur des biens porteurs de numéros de série doivent en outre être indexés suivant le numéro de série du bien.]

3. Toutes les modifications et annulations de l'inscription sont indexées de telle sorte qu'elles sont associées au numéro d'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 2 de cette disposition ne s'appliquera que si la loi de l'État adoptant exige que les numéros de série de certains biens figurent dans les avis. Il voudra peut-être noter également que les recommandations du* Guide *ne se réfèrent pas au numéro de série en tant que critère d'indexation et de recherche (même si le commentaire le fait, voir* Guide*, chap. IV, par. 31 à 36) et n'exigent pas non plus que le Conservateur attribue un numéro d'inscription. Si la référence au numéro d'inscription est conservée, le Règlement devra peut-être préciser comment ce numéro doit être attribué. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si les avis doivent être indexés de telle manière que le Conservateur ou le personnel du Registre effectuant des recherches internes puisse les retrouver en saisissant l'identifiant du créancier garanti.*]

Article 15: Retrait d'avis enregistrés du fichier du Registre

1. Le Conservateur ne peut modifier, changer ou compléter aucun avis inscrit au fichier du Registre.

2. Le Conservateur peut retirer des avis inscrits au fichier du Registre et accessibles au public uniquement:

a) Après l'expiration de la période d'inscription; ou

b) Après l'inscription d'un avis d'annulation.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'un avis supprimant l'élément d'identification de l'un des*

---

[9] Voir le *Guide*, recommandation 67.

[10] Voir le *Guide*, recommandation 68.

créanciers garantis sur un avis existant où figurent les éléments d'identification de plus d'un créancier garanti constitue en fait une modification et non une annulation.]

3. Les avis retirés du fichier du Registre accessible au public doivent être archivés durant [20] ans de telle manière que le Conservateur puisse y retrouver les informations qui y figurent à l'aide des critères d'indexation du Registre[11].

IV. Accès aux services du Registre

Article 16: Modes et conditions d'accès au Registre

1. Toute personne souhaitant avoir accès au Registre pour effectuer une inscription doit:

a) Se présenter en personne à l'un des bureaux du Registre et demander l'accès au Registre au moyen des ordinateurs se trouvant sur place ou par toute autre méthode prescrite par le Conservateur;

b) Conclure avec le Conservateur un accord prévoyant l'accès électronique à l'interface du Registre à partir de son propre ordinateur selon les modalités prescrites par le Conservateur.

2. Le Conservateur attribue un code d'identification (code utilisateur) et un mot de passe à la personne visée au paragraphe 1 du présent article, pour autant:

a) Qu'un arrangement satisfaisant ait été conclu avec lui pour le paiement des frais d'inscription prescrits par le présent Règlement; et

b) Qu'une preuve satisfaisante de l'identité de cette personne lui ait été apportée.

3. Le Conservateur est tenu d'autoriser la saisie d'une inscription dans le fichier du Registre sans exiger la preuve que:

a) La personne procédant à l'inscription est la personne à qui le code utilisateur et le mot de passe saisis ont été attribués;

b) La personne procédant à l'inscription a reçu du constituant ou du créancier garanti désigné dans l'inscription l'autorisation de procéder à l'inscription.

4. Le Conservateur peut refuser l'inscription, la modification ou l'annulation d'une inscription lorsqu'une disposition de la Loi ou du présent Règlement relative aux inscriptions n'a pas été respectée. Un message motivant le refus doit être envoyé dès que possible à l'intéressé. Sans préjudice de la portée générale de ce qui précède, le Conservateur peut refuser une inscription si un avis ne lui est pas communiqué sous l'une des formes prescrites ou si les informations qui y figurent sont incomplètes, incompréhensibles et illisibles ou ne se conforment pas aux exigences du présent Règlement concernant l'inscription, sa modification ou son annulation.

---

[11] Voir le *Guide*, recommandation 74.

5. Toute personne dont le nom figure dans le Registre comme titulaire d'un compte utilisateur est réputée avoir pleins pouvoirs pour transmettre des avis afin d'effectuer une inscription ou de modifier ou d'annuler une inscription effectuée par elle ou par toute autre personne titulaire du même compte utilisateur, y compris une inscription où d'autres personnes que le titulaire sont identifiées comme créanciers garantis.

6. Toute personne ayant reçu du Registre un code utilisateur et un mot de passe et se conformant au présent Règlement peut avoir accès au Registre par voie électronique pour effectuer, modifier ou annuler une inscription. Toute inscription, modification ou annulation d'un avis effectuée à l'aide de ce code utilisateur et de ce mot de passe est réputée de manière concluante avoir été effectuée par la personne ayant reçu du Registre ce code utilisateur et ce mot de passe.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'article 16 est compatible avec les recommandations du* Guide *sur le libre accès au Registre*.]

Article 17: Recherches dans le Registre

Toute personne souhaitant avoir accès au fichier du Registre et obtenir le résultat d'une recherche, conformément aux dispositions prévues dans le chapitre VIII, doit:

a) Demander accès au fichier du Registre au moyen de l'une des méthodes prévues pour obtenir le résultat d'une recherche; [et

b) Conclure avec le Conservateur un accord lui permettant d'accéder au Registre par voie électronique à partir de son propre ordinateur selon les modalités que le Conservateur juge opportunes.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa b) de cette disposition est compatible avec les recommandations du* Guide *sur le libre accès au Registre*.]

V. Informations relatives à l'inscription

Article 18: Responsabilité des personnes procédant à l'inscription

Pour qu'une inscription prenne effet, la personne qui fournit, saisit ou tente de saisir des informations dans un avis destiné au Registre doit s'assurer que les informations visées dans le présent chapitre sont correctes et saisies dans les champs appropriés du formulaire [ou de l'écran] du Registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette disposition est nécessaire. La loi doit énoncer clairement que la personne procédant à l'inscription est responsable de l'exactitude des informations communiquées; le passage sur la saisie dans les champs appropriés n'ajoute rien au fait qu'elle est tenue d'appliquer les règles*.]

Article 19: Informations requises

1. Pour donner effet à une inscription initiale, la personne procédant à l'inscription est tenue de mentionner dans un avis les informations suivantes:

a) L'identifiant et l'adresse de chaque constituant, conformément aux articles 21 et 22;

b) L'identifiant et l'adresse du créancier garanti ou de son représentant, conformément à l'article 23;

c) Une description des biens grevés, conformément aux articles 24 à 26;

d) La durée de validité de l'inscription, conformément à l'article 11[; et

e) Le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée][12].

2. Si l'avis enregistré concerne plus d'un constituant, la personne procédant à l'inscription doit y saisir séparément les informations requises pour chaque constituant.

Article 20: Incidence des omissions et des erreurs sur la prise d'effet de l'inscription

1. Une inscription est sans effet si une recherche effectuée dans le fichier à partir de l'identifiant correct du constituant ne permet pas de retrouver l'avis d'inscription.

[2. Une inscription dont l'objet est un bien portant un numéro de série est sans effet si une recherche effectuée dans le fichier à partir du numéro de série correct ne permet pas de retrouver l'avis d'inscription. Cette inscription n'est dépourvue d'effet qu'en ce qui concerne le bien portant un numéro de série dont l'identification est incorrecte et cette invalidation n'influe en rien sur la validité de l'inscription d'autres biens décrits dans la même inscription.]

3. Sous réserve des dispositions [du paragraphe 1] [des paragraphes 1 et 2] du présent article, une déficience, une omission ou une erreur dans les informations devant être saisies dans le Registre conformément au présent Règlement, ou dans la manière de les saisir, ne prive pas d'effet un avis inscrit, sauf si elle induit gravement en erreur[13].

Article 21: Informations relatives au constituant (personne physique)

1. Si le constituant est une personne physique, l'inscription ne produit effet que si la personne procédant à l'inscription saisi son identifiant dans les champs "Constituant – personne physique" de l'avis[14].

2. Si le constituant est une personne physique, la personne procédant à l'inscription doit saisir:

---

[12] Voir le *Guide*, recommandation 57.
[13] Voir le *Guide*, recommandations 64 à 66.
[14] Voir le *Guide*, recommandations 58 et 59.

a) Le numéro d'identification personnel attribué au constituant par l'État adoptant, son adresse postale (et son adresse électronique); ou

b) Si l'État de résidence du constituant n'est pas l'État adoptant, sa date de naissance et son nom sous la forme suivante: nom de famille [ou les deux noms de famille], prénom usuel, et deuxième prénom, le cas échéant; ainsi que son adresse postale (et son adresse électronique).

3. Aux fins du paragraphe 2 du présent article:

a) Si le constituant est une personne physique dont le nom comporte plus de deux prénoms, le deuxième prénom doit figurer dans l'avis; et

b) Si le constituant est une personne physique dont le nom consiste en un seul mot, celui-ci doit figurer dans l'avis comme nom de famille.

4. Si le constituant est une personne physique exploitant une entreprise sous une autre forme qu'une personne morale, sous un nom autre que le sien, les informations visées au paragraphe 2 ci-dessus doivent figurer dans l'avis, de même que le nom de l'entreprise.

5. Aux fins du présent article, le nom du constituant est déterminé conformément aux règles ci-après:

a) Si le constituant est né dans [l'État adoptant] et si sa naissance y a été enregistrée auprès d'une administration responsable de l'enregistrement des naissances, son nom est celui qui figure sur le certificat de naissance ou le document équivalent qui lui a été délivré par cette administration;

b) Si le constituant est né dans [l'État adoptant] mais si sa naissance n'y a pas été enregistrée, son nom est celui qui figure sur un passeport en cours de validité qui lui a été délivré par les autorités de [l'État adoptant];

c) Si le constituant n'a pas de passeport en cours de validité délivré par l'État adoptant, son nom est celui qui apparaît sur le [document] qui lui a été délivré par l'État adoptant;

d) Si le constituant n'est pas né dans [l'État adoptant] mais en est citoyen, son nom est celui qui apparaît sur son certificat de citoyenneté;

e) Si le constituant n'est pas né dans l'État adoptant et n'en est pas citoyen, son nom est celui qui figure sur un passeport en cours de validité délivré par les autorités de l'État dont il est citoyen;

f) Si le constituant n'a pas de passeport en cours de validité, son nom est celui qui apparaît sur le certificat de naissance ou document équivalent qui lui a été délivré par l'administration de son lieu de naissance;

g) Dans les cas non visés aux alinéas a) à f) du paragraphe 5 du présent article, le nom du constituant est celui qui apparaît sur deux [documents] délivrés au constituant par l'État adoptant.

6. Aux fins du présent article, le nom du constituant est celui qu'il porte au moment de l'opération sur laquelle porte l'inscription, sous réserve de l'effet d'une modification de son identifiant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la présente disposition doit être conservée, le* Guide *ne prévoyant pas de règles particulières concernant l'identifiant du constituant lorsqu'il s'agit d'une personne physique autre que celles mentionnées dans la recommandation 59. Si le Groupe de travail décide de conserver cette disposition, il voudra peut-être également examiner si, outre le nom du constituant (personne physique), la personne procédant à l'inscription peut saisir un autre nom distinct du constituant dont elle a connaissance*.]

Article 22: Informations relatives au constituant (personne morale)

1. Si le constituant est une personne morale, l'inscription ne produit effet que si la personne procédant à l'inscription saisit son identifiant dans les champs "Constituant – personne morale" de l'avis.

2. Si le constituant est une personne morale, la personne procédant à l'inscription doit saisir les informations suivantes:

a) Le numéro d'immatriculation attribué au constituant par l'État adoptant conformément à la loi sur […], son adresse postale (et son adresse électronique);

b) Le nom de l'entité tel qu'il apparaît dans les registres publics (y compris, s'il le juge utile, l'abréviation indiquant le type de société, telle que "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas), ainsi que l'adresse postale de l'entité (et son adresse électronique);

c) Si le constituant (personne morale) est la succession d'une personne physique décédée, le [numéro d'identification] et le [nom] de la personne décédée, conformément aux dispositions relatives à la saisie du nom du constituant (personne physique), suivis de la mention "succession," et de l'adresse de l'administrateur de la succession;

d) Si le constituant (personne morale) est un syndicat, le nom du syndicat, les [numéros d'identification] [noms] de chaque personne représentant le syndicat dans l'opération qui donne lieu à l'inscription, et l'adresse du syndicat;

e) Si le constituant est le fiduciaire d'une personne morale constituée en fiducie et si le document constitutif de la fiducie précise le nom de cette dernière, le nom de la fiducie suivi de la mention "fiducie", à moins que le nom de la fiducie ne comprenne déjà la mention "fiducie", ainsi que l'adresse postale du fiduciaire (et son adresse électronique);

f) Si le constituant est le fiduciaire d'une personne morale constituée en fiducie et si le document constitutif de la fiducie ne précise pas le nom de cette dernière, le [numéro d'identification] [nom] du fiduciaire, conformément aux dispositions relatives à la saisie du nom du constituant (personne physique), suivi de la mention "fiducie," ainsi que l'adresse postale du fiduciaire (et son adresse électronique);

g) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne physique, le [numéro d'identification] [nom] de la personne insolvable, conformément aux dispositions relatives à la saisie du nom du constituant (personne physique), suivi de la mention "insolvable", ainsi que l'adresse postale du représentant de l'insolvabilité (et son adresse électronique);

h) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne morale, le nom de la personne morale, conformément aux dispositions relatives à la saisie du nom du constituant (personne morale), suivi de la mention "insolvable", ainsi que l'adresse postale du représentant de l'insolvabilité (et son adresse électronique);

i) Si le constituant fait partie d'une personne morale qui est un consortium ou une coentreprise, le nom du consortium ou de la coentreprise, le cas échéant, figurant dans l'acte constitutif, l'adresse du consortium ou de la coentreprise, l'identifiant de chaque participant sous la forme prescrite pour un constituant de ce type, et l'adresse postale de chaque participant (et son adresse électronique);

j) Si le constituant fait partie d'une personne morale autre que celles visées aux alinéas précédents, le nom de la personne morale mentionné dans l'acte constitutif, son adresse, les [numéros d'identification personnels] [noms] de chaque personne physique représentant la personne morale dans l'opération sur laquelle porte l'inscription, conformément aux dispositions relatives à la saisie du nom du constituant (personne physique), et les adresses des représentants.

3. Aux fins du présent article, un représentant est une personne physique qui est habilitée à engager la personne morale, ses dirigeants ou ses membres et ayant exercé son pouvoir en relation avec l'opération sur laquelle porte l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si toutes ces dispositions devraient être conservées dans le Règlement ou dans le commentaire. Certaines d'entre elles vont au-delà des recommandations du* Guide *(voir la recommandation 60) et ne sont que des exemples de la manière de traiter ces questions.*]

Article 23: Informations relatives au créancier garanti

1. Une inscription ne produit effet que si la personne procédant à l'inscription saisit l'identifiant du créancier garanti dans la partie de l'avis prévue à cet effet.

2. La personne procédant à l'inscription doit préciser si le créancier garanti est une personne physique ou morale.

3. S'il s'agit d'une personne physique, la personne procédant à l'inscription doit saisir l'identifiant du créancier garanti selon les modalités visées à l'article 21, en précisant son adresse postale et son adresse électronique.

4. S'il s'agit d'une personne morale, la personne procédant à l'inscription doit saisir l'identifiant du créancier garanti selon les modalités visées à l'article 22, en précisant son adresse postale et son adresse électronique.

5. Au lieu de l'identifiant et de l'adresse du créancier garanti, la personne procédant à l'inscription peut saisir l'identifiant et l'adresse d'un représentant du créancier garanti auquel on peut s'adresser pour toute question concernant l'inscription[15].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il y a lieu de conserver cette disposition. Il voudra peut-être*

[15] Voir le *Guide*, recommandation 57, alinéa a).

tenir compte du fait que le Guide *ne comporte aucune recommandation portant spécifiquement sur l'identifiant du créancier garanti et que cette information n'est peut-être pas nécessaire, puisqu'elle n'est ni un critère d'indexation ni un critère de recherche (sauf aux fins des recherches internes du personnel du Registre).*]

Article 24: Description des biens grevés

Une inscription ne produit effet que si la personne procédant à l'inscription y fournit une description des biens grevés suffisamment précise pour les identifier. Sauf disposition contraire de la Loi, une description générique renvoyant à l'ensemble des biens d'une catégorie de biens meubles ou à l'ensemble des biens meubles du constituant désigne les biens de cette catégorie sur lesquels le constituant acquiert des droits à tout moment de la période d'effet de l'inscription[16].

[**Article 25: Description de biens grevés porteurs d'un numéro de série**

Si l'inscription porte sur des biens porteurs d'un numéro de série autres que ceux que le constituant détient à titre de stock, l'inscription ne produit effet que si la personne procédant à l'inscription:

a) Saisit le numéro de série dans la case prévue à cet effet; et

b) Indique dans la case "Description du bien porteur d'un numéro de série" le type du bien, le nom du fabricant, le modèle, l'année du modèle ou d'autres précisions suffisantes pour les identifier.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver cette disposition. Dans l'affirmative, il voudra peut-être noter que les États adoptants qui décideront d'instituer l'indexation et la recherche par numéro de série devront déterminer à quel type de bien s'applique cette fonction et quel critère d'identification alphanumérique doit être précisé pour chaque catégorie de biens. L'État adoptant devra aussi tenir compte des régimes dont il dispose déjà pour l'inscription de droits de propriété sur certaines de ces catégories de biens, ainsi que des régimes internationaux, notamment les registres de fuselages d'aéronefs, de moteurs d'aéronefs et de matériel roulant ferroviaire établis en application de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap). S'agissant de l'alinéa b) de cette disposition et de la définition du terme "numéro de série", le Groupe de travail voudra peut-être noter que d'autres parties que le fabricant peuvent fournir ou délivrer le numéro de série.*]

Article 26: Description de biens grevés attachés à un bien immeuble

1. Lorsque les informations portent sur des biens meubles corporels attachés à des biens immeubles, l'inscription ne produit effet que si la personne procédant à l'inscription saisit dans les cases de l'avis prévues à cet effet:

a) Une description des biens meubles corporels suffisamment précise pour les identifier;

---

[16] Voir le *Guide*, recommandation 63.

b) Une description du bien immeuble auquel les biens meubles sont ou seront attachés, [satisfaisant aux règles d'enregistrement des biens immeubles de l'État adoptant] [renvoyant au numéro de parcelle inscrit au registre des biens immeubles de l'État adoptant].

2. Un créancier garanti peut inscrire un avis relatif à une sûreté sur des biens meubles corporels attachés à un bien immeuble, au bureau d'enregistrement des biens immeubles de l'État adoptant, en soumettant à ce bureau un avis contenant:

a) Les informations permettant d'identifier le constituant et le créancier garanti, présentées de la manière prescrite dans le présent Règlement;

b) Une description des biens meubles corporels suffisamment précise pour les identifier;

c) Une description du bien immeuble auquel les biens meubles sont ou seront attachés, [satisfaisant aux règles d'enregistrement des biens immeubles de l'État adoptant] [renvoyant au numéro de parcelle inscrit au registre des biens immeubles de l'État adoptant];

d) Le nom ou autre élément d'identification du propriétaire du bien immeuble, tel qu'il apparaît dans les fichiers du registre des biens immeubles, s'il diffère de celui du constituant;

e) Une déclaration précisant en nombre d'années entières la période d'effet prévue de l'inscription de l'avis[; et

f) Une déclaration précisant le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, bien que cette disposition ne vise pas explicitement des récoltes ou d'autres biens similaires, elle peut s'appliquer à ces biens si l'État les considère comme des biens attachés à des biens immeubles*.]

Article 27: Modification de l'inscription

1. La personne ayant procédé à l'inscription peut modifier celle-ci à tout moment de sa période d'effet.

2. L'inscription d'une modification ne prend effet qu'à la date et à l'heure qui lui sont attribuées par le Registre et auxquelles elle devient accessible aux personnes effectuant une recherche.

3. Pour inscrire une modification, la personne ayant procédé à l'inscription doit:

a) Indiquer dans le champ approprié qu'elle souhaite saisir une modification;

b) Saisir dans le champ approprié le numéro de l'inscription qu'elle souhaite modifier;

c) Repérer l'écran où apparaît l'inscription en question;

d) Préciser si elle souhaite ajouter, modifier ou supprimer l'inscription;

e) Si elle souhaite ajouter des informations, indiquer les informations supplémentaires de la manière prévue par le présent Règlement pour la saisie d'informations de ce type;

f) Si elle souhaite modifier ou supprimer des informations, saisir les informations à modifier ou à supprimer et, en cas de modification, saisir également les nouvelles informations de la manière prévue par le présent Règlement pour la saisie d'informations de ce type; et

g) Identifier le créancier garanti autorisant la modification.

4. Si la modification vise à signaler un transfert de biens grevés auxquels se rapporte l'inscription, la personne ayant procédé à l'inscription doit ajouter le bénéficiaire du transfert en tant que constituant supplémentaire de la manière prévue pour la saisie d'informations relatives au constituant dans une inscription.

5. Si le transfert porte uniquement sur une partie des biens grevés décrits dans l'inscription, la personne ayant procédé à l'inscription doit préciser dans le champ "Informations supplémentaires" quelle partie des biens grevés est transférée et à quel constituant elle est transférée.

6. Si la modification porte sur une cession de rang concernant la sûreté visée par l'inscription, la personne ayant procédé à l'inscription doit préciser dans le champ "Informations supplémentaires" la nature et l'étendue de la cession de rang et l'identité du bénéficiaire.

7. Lorsque la modification découle d'une décision de justice, celle-ci doit être remise au Registre.

8. L'inscription d'une modification ne prolonge pas la durée d'effet de l'inscription, sauf s'il s'agit d'un renouvellement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de conserver les paragraphes 5 et 6 de cette disposition, qui décrivent un système très spécifique, de nombreux systèmes n'ayant pas de champ "Informations supplémentaires".*]

Article 28: Modification globale des informations relatives à un créancier garanti

Si un créancier garanti identifié dans plusieurs inscriptions du Registre en fait la demande, le conservateur doit modifier les informations qui le concernent dans toutes ces inscriptions.

Article 29: Annulation de l'inscription

La personne ayant procédé à l'inscription peut annuler une inscription en transmettant au Registre les informations suivantes:

a) Son nom d'utilisateur et son mot de passe;

b) Le numéro de l'inscription qu'il souhaite annuler; et

c) L'identifiant du constituant désigné dans l'inscription initiale.

VI. Vérification et rétablissement

Article 30: Avis d'inscription, de modification ou d'annulation

1. Lorsqu'une inscription est effectuée, modifiée ou annulée, le Registre envoie un avis confirmant l'inscription, la modification ou l'annulation à la personne ayant procédé à l'inscription et au créancier garanti (s'il s'agit d'une autre personne), à l'adresse ou aux adresses indiquées dans l'inscription.

2. Cette confirmation[, qui peut être sur papier ou électronique,] contient les informations suivantes:

a) L'identifiant du créancier garanti;

b) L'identifiant du constituant;

c) La description des biens grevés;

d) La date et l'heure de l'inscription initiale, de sa modification ou de son annulation, selon le cas; et

e) Le numéro d'inscription attribué à l'inscription initiale.

3. [Dans le cas d'une annulation, la confirmation doit préciser que, si la personne ayant procédé à l'inscription remet au Registre un avis de rétablissement de l'inscription comme le prévoit l'article 31, l'inscription sera rétablie.]

4. La personne ayant procédé à l'inscription envoie à chaque personne identifiée comme constituant dans l'inscription, dans les [30 jours qui suivent l'inscription], une confirmation [sur papier ou électronique] contenant les informations relatives à l'inscription, sauf si cette personne a renoncé par écrit au droit de le recevoir.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour ce qui est des modifications, l'alinéa d) de la recommandation 55 du* Guide *exige uniquement qu'un avis soit envoyé au créancier garanti. Il voudra peut-être aussi noter que, s'agissant de la renonciation visée au paragraphe 4 de cette disposition, le* Guide *recommande l'autonomie des parties sauf disposition contraire.*]

Article 31: Rétablissement de l'inscription

Une inscription annulée sans autorisation ou par erreur peut être rétablie si, dans les [30] jours qui suivent la date à laquelle le Registre a envoyé la confirmation de l'annulation, les informations suivantes lui sont soumises de la même manière que celles qui figuraient dans l'inscription annulée:

a) L'identifiant du créancier garanti;

b) L'identifiant du constituant;

c) La description des biens grevés;

d) La date et l'heure auxquelles l'inscription a été effectuée; et

e) Le numéro d'inscription attribué à l'inscription.

VII. Obligations du créancier garanti

Article 32: Modification ou annulation obligatoire d'une inscription

1. La personne identifiée dans une inscription comme créancier garanti est tenue d'annuler l'inscription dans les [30] jours de la réception d'une demande écrite du constituant, à moins que la personne identifiée dans l'inscription comme constituant ne consente à ce qu'elle soit maintenue.

2. La personne identifiée dans une inscription comme constituant, ou toute personne ayant des droits sur les biens grevés décrits dans une inscription, peut demander par écrit à la personne identifiée dans l'inscription comme créancier garanti d'annuler ou de modifier l'inscription, selon le cas, lorsque:

a) Toutes les obligations visées par la convention constitutive de sûreté en rapport avec l'inscription ont été satisfaites;

b) La description des biens grevés figurant dans l'inscription porte sur des biens qui ne sont pas ou plus concernés par une convention constitutive de sûreté entre la personne identifiée comme constituant et la personne identifiée comme créancier garanti dans l'inscription; ou

c) Il n'existe pas de convention constitutive de sûreté entre la personne identifiée comme constituant et la personne identifiée comme créancier garanti dans l'inscription.

3. La personne identifiée comme créancier garanti donne suite dans les [15] jours de la réception de la demande. Aucune somme d'argent ne sera perçue ou acceptée à cette fin.

4. Si la personne identifiée comme créancier garanti ne donne pas suite, l'auteur de la demande peut prier le tribunal de rendre une ordonnance maintenant l'inscription au motif que les informations contenues dans l'inscription sont correctes ou que l'inscription est autorisée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, selon l'alinéa b) de la recommandation 72 du* Guide*, il incombe au constituant de prouver que l'inscription doit être modifiée ou annulée.*]

Article 33: Droit du constituant de demander des informations supplémentaires

1. Une personne identifiée dans l'inscription comme constituant ou autorisée par écrit à agir en qualité de mandataire du constituant peut demander par écrit que la personne identifiée dans l'inscription comme créancier garanti:

a) Précise par écrit s'il existe ou non une convention constitutive de sûreté entre le constituant et le créancier garanti à la date de la demande;

b) Approuve ou fournisse une liste des biens grevés par toute convention constitutive de sûreté entre le constituant et le créancier garanti à la date de la demande; et

c) Approuve ou fournisse une déclaration indiquant le montant de l'obligation garantie par la sûreté faisant l'objet de l'inscription à la date où la demande est faite.

2. L'auteur de la demande peut prier le créancier garanti de remettre sa réponse à un tiers qu'il aura désigné.

3. Le créancier garanti s'exécute dans les [15] jours de la réception de la demande.

4. Si le créancier garanti ne s'exécute pas en temps utile sans motif valable, l'auteur de la demande peut, après en avoir dûment averti le créancier garanti, prier le tribunal de rendre une ordonnance aux fins de l'annulation de l'inscription visée par la demande. Lorsqu'il reçoit une ordonnance du tribunal aux fins de l'annulation, le Conservateur du Registre doit annuler l'inscription.

VIII. Recherches

Article 34: Critères de recherche

Toute personne ayant payé les frais de recherche ou pris des dispositions en ce sens peut demander qu'une recherche soit faite dans le fichier du Registre au moyen de l'un des critères suivants:

a) L'identifiant du constituant;

[b) Le numéro de série d'un bien porteur d'un tel numéro;] ou

c) Le numéro d'inscription d'une inscription.

Article 35: Résultats de la recherche

1. Les résultats d'une recherche effectuée en application de l'article 34 doivent être soit l'assurance qu'aucune inscription ne correspondait au critère de recherche indiqué, soit l'énumération de toutes les inscriptions figurant dans l'index consultable des fichiers du Registre au jour et à l'heure de la recherche, assortie des informations suivantes pour chacune d'elles:

a) L'identifiant du créancier garanti;

b) L'identifiant du constituant;

c) La description des biens grevés;

d) La date et l'heure de l'inscription;

e) Toutes les modification apportées à l'inscription, ainsi que la date et l'heure à laquelle chacune a été effectuée;

f) Le numéro d'inscription attribué à l'inscription[; et

g) Le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée.]

2. Le Conservateur du Registre délivre un certificat d'enregistrement fondé sur l'un des critères visés au paragraphe 1 à toute personne qui en a fait la demande et s'est acquittée des frais correspondants ou a pris des dispositions en ce sens.

IX. Frais

Article 36: Frais d'inscription et de recherche

1. Les frais suivants s'appliquent aux inscriptions et aux recherches effectuées dans le Registre:

[...].

2. Le Conservateur du Registre peut conclure un accord avec une personne créant avec lui un compte destiné au paiement des frais exigés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, selon l'alinéa i) de la recommandation 54 du* Guide*, "[l]es frais d'inscription et de recherche éventuels ne [sont] pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts". Cette règle signifie que des frais peuvent être demandés ou non pour l'inscription et la recherche et que, si frais il y a, ils doivent viser à recouvrer les coûts, et non générer un profit. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le Règlement devrait prévoir (ou du moins envisager) qu'aucun frais ne soit demandé pour: a) une inscription ou une recherche électroniques; ou b) l'inscription d'un avis visant à faire annuler une inscription.*]

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011) (A/CN.9/719)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-5
II.	Organisation de la session	6-11
III.	Délibérations et décisions	12
IV.	Inscription des sûretés réelles mobilières: projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières	13-45
	A. Informations générales (A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 1 à 61)	13-15
	B. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 62 à 72)	16
	C. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 1 à 61, et A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 1 à 40)	17-44
	1. A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 1 à 61	17-25
	2. A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 1 à 40	26-44
	D. Conception, administration et fonctionnement du registre (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 51 à 73)	45
V.	Inscription des sûretés réelles mobilières: projet de règlement type (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3)	46-84
	A. Généralités (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 1)	46-47
	B. Création et fonctionnement d'un registre (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 2 à 7)	48-53
	C. Services du registre (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 8 à 10)	54-56
	D. Inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 11 à 16)	57-62
	E. Informations contenues dans l'inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 17 à 30)	63-84
VI.	Travaux futurs	85

I. Introduction

1. À sa présente session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a continué d'œuvrer à l'élaboration d'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, conformément à une décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session, en 2010[1]. Cette décision se fondait sur l'idée qu'un tel texte compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés[2].

2. À sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a noté avec intérêt les thèmes des travaux futurs examinés par le Groupe de travail VI à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126, respectivement). À cette session, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés[3]. Conformément à cette décision[4], le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010). Plusieurs thèmes y ont été examinés, notamment l'inscription des sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ont participé à ce colloque des experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé[5].

3. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors du colloque. La Commission est convenue que toutes les questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une session ultérieure à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[6].

4. La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et un règlement type; et b) se fonder sur le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*"), sur des textes établis par

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 268.

[2] Ibid., par. 265.

[3] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.

[4] Ibid.

[5] On trouvera les documents présentés lors du colloque à l'adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

[6] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.

d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*[7].

5. Le Groupe de travail a entamé les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010) en examinant une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières". Il a également examiné la question de la coordination du texte relatif à l'inscription avec ceux de la CNUDCI relatifs aux communications électroniques[8]. À cette session, le Secrétariat a été prié de préparer une version révisée du texte en tenant compte des délibérations et décisions de la session[9].

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail, qui comprenait tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-neuvième session à New York du 11 au 15 avril 2011. Ont participé à la session des représentants des États membres suivants du Groupe: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Israël, Italie, Japon, Kenya, Maurice, Mexique, Nigéria, Norvège, Paraguay, Philippines, République de Corée, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

7. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Croatie, Équateur, Guatemala, Guinée, Iraq, Koweït, Myanmar, Qatar, République arabe syrienne et Suisse. Ont également assisté à la session des observateurs de l'État non membre suivant: Saint-Siège.

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

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale;

b) *Organisations intergouvernementales*: Organisation des États américains (OEA);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit, Association of the Bar of the City of New York, Commercial Finance Association (CFA), International Insolvency Institute (III), Inter-Pacific Bar Association (IPBA), Moot Alumni Association (MAA) et National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT).

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

Président: M. Rodrigo LABARDINI FLORES (Mexique)

Rapporteur: M. Young-joon KWON (République de Corée)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.45 (Ordre du jour provisoire), A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 et 2 (Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières) et A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3 (Projet de règlement type).

---

[7] Ibid., par. 266 et 267.
[8] A/CN.9/714, par. 34 à 47.
[9] Ibid., par. 11.

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

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Inscription des sûretés réelles mobilières.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

12. Le Groupe de travail a examiné des notes du Secrétariat intitulées "Projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add. 1 et 2) et "Projet de règlement type" (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3). Ses délibérations et décisions sont exposées ci-après aux chapitres IV et V. Le Secrétariat a été prié de préparer une version révisée du texte en tenant compte de ces délibérations et décisions.

IV. Inscription des sûretés réelles mobilières: projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières

A. Informations générales (A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 1 à 61)

13. Le Groupe de travail a tout d'abord examiné la forme et la teneur du texte à élaborer. Différents points de vue ont été exprimés. Selon un avis, il faudrait élaborer un guide autonome comprenant une partie informative inspirée des chapitres I et II, qui aurait pour objet de présenter la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide*, et une partie pratique qui se composerait d'un règlement type sur l'inscription accompagné d'un commentaire. Il a été dit que les deux parties étaient aussi importantes l'une que l'autre, comme l'avaient montré les travaux concernant le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles* (le "*Supplément*").

14. Selon un autre avis, il faudrait se concentrer sur le règlement type et le commentaire y relatif. Il a été dit que, si l'on pouvait inclure une brève introduction dans le texte, elle ne devrait pas être aussi longue que les chapitres I et II. Il a aussi été fait remarquer qu'un texte comprenant un règlement type accompagné d'un commentaire fournirait aux États qui avaient adopté la loi sur les opérations garanties recommandée dans le *Guide* des conseils pratiques sur les questions à traiter lors l'établissement et de l'exploitation d'un registre général des sûretés. Il a aussi été dit que le *Supplément* était différent dans la mesure où, contrairement au texte sur l'inscription qui visait à fournir des conseils pratiques sur les questions traitées dans ladite loi, il avait pour objet de coordonner la loi recommandée dans le *Guide* avec le droit de la propriété intellectuelle.

15. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de commencer par l'examen du chapitre III, qui traitait des principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace et dont on pouvait, par conséquent, considérer qu'il remplissait la fonction de commentaire sur le règlement type. Il a estimé qu'il serait davantage en mesure de déterminer ce qu'il faudrait conserver de l'introduction contenue aux chapitres I et II après avoir eu la possibilité d'examiner la partie du texte traitant des questions pratiques.

B. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 62 à 72)

16. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet des paragraphes 62 à 72, dont les suivantes:

a) Restructurer le texte afin de présenter d'abord l'approche recommandée dans le *Guide*, avec les explications nécessaires le cas échéant, et ne pas le rédiger d'une manière donnant à entendre que les approches qui ne sont pas recommandées dans le *Guide* pourraient être préférables à celles qui le sont;

b) Revoir les titres figurant dans le chapitre pour qu'ils correspondent davantage aux approches recommandées dans le *Guide*;

c) Afin de suivre la terminologie utilisée dans le *Guide*, remplacer au paragraphe 63 le terme "inscription" par le terme "avis";

d) Au paragraphe 64, présenter le passage mentionnant l'élargissement de la portée du registre aux véritables baux et aux dépôts-ventes comme une approche suivie dans certains États ou déplacer ce passage à un autre endroit du texte;

e) Supprimer ou déplacer la première phrase du paragraphe 68, qui n'a aucun rapport avec la question de l'efficacité d'une inscription faite sans l'autorisation du constituant;

f) Déplacer les paragraphes 68 et 69, qui traitent de la modification d'une inscription, pour les insérer à l'endroit du texte qui examine cette question en donnant des explications appropriées sur l'opposabilité et la priorité d'une sûreté pour laquelle un avis a été inscrit sans autorisation préalable du constituant;

g) Examiner plus en détail, au paragraphe 69, la question de la correction d'erreurs typographiques (en renvoyant principalement au *Guide*, qui prévoit la possibilité de rectifier un avis par un deuxième avis et la conservation des deux avis dans le fichier du registre, mais aussi aux autres méthodes de correction d'erreurs typographiques);

h) Mentionner, dans le paragraphe 70, l'indexation par bien au moins pour les biens susceptibles d'être identifiés par référence à un numéro de série; et

i) Conserver les références à l'indexation par constituant et à l'indexation par numéro de série aux paragraphes 71 et 72, tout en examinant s'il conviendrait de déplacer ce paragraphe au chapitre IV.

C. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 1 à 61 et A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 1 à 40)

1. A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 1 à 61

17. En ce qui concerne le paragraphe 3, l'avis a été exprimé que le fait, pour le constituant, d'autoriser l'inscription d'une sûreté après l'inscription elle-même n'avait pas de sens et pouvait l'exposer aux risques découlant d'une inscription non autorisée. En réponse, il a été noté que le *Guide* permettait l'inscription sans autorisation préalable pour faciliter les situations où cette inscription intervenait avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou avant la constitution de la sûreté (voir recommandation 67).

18. De l'avis général toutefois, si les décisions de principe figurant dans le *Guide* ne devaient certes pas être remises en question, elles pouvaient être expliquées plus en détail. Le Groupe de travail est également convenu de la nécessité d'indiquer ce qu'il adviendrait de l'opposabilité et de la priorité lorsqu'une sûreté était inscrite sans autorisation préalable du constituant. Il a donc été proposé d'apporter les précisions suivantes:

a) En cas d'inscription d'une sûreté sans autorisation préalable, suivie de l'inscription préalablement autorisée d'une autre sûreté, la première sûreté ne l'emporterait que si l'autorisation était obtenue par la suite (faute de quoi elle serait inopposable et aucun conflit de priorité ne pourrait donc survenir);

b) En cas de conclusion d'une convention constitutive, celle-ci vaudrait autorisation, l'inscription prenant alors effet à compter de la date à laquelle elle a été effectuée et non à compter de la date de la convention ou d'une autre forme d'autorisation; et

c) Si aucune convention constitutive n'était conclue (ou si aucune autre forme d'autorisation n'était donnée) après l'inscription, ou si la sûreté était inscrite de mauvaise foi, l'inscription serait sans effet et le constituant pourrait demander sa radiation par une procédure simplifiée (voir recommandation 72).

19. En ce qui concerne le paragraphe 9, il a été proposé:

a) Que le passage faisant référence à l'autorisation de l'inscription anticipée soit supprimé car il donnait l'impression que, contrairement à ce qu'indiquait la recommandation 67, cette inscription anticipée était soumise à autorisation préalable; et

b) Que l'inscription anticipée sans autorisation préalable confère à la sûreté un rang prioritaire par rapport à une autre sûreté réelle mobilière mais non par rapport aux droits d'un acquéreur du bien.

20. S'agissant des paragraphes 11 et 12, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Aligner le titre sur celui de la recommandation 68 et faire référence dans le texte à des conventions multiples conclues entre les mêmes parties et portant sur les mêmes biens;

b) Intervertir les paragraphes 11 et 12 pour mettre en avant l'approche recommandée dans le *Guide*;

c) Modifier la deuxième phrase du paragraphe 12 comme suit: "l'inscription continue de produire effet uniquement, toutefois, dans la mesure où la description du bien dans l'avis correspond aux conditions de toute convention constitutive nouvelle ou modifiée"; et

d) Faire référence dans la troisième phrase du paragraphe 12 à de "nouvelles catégories de biens" au lieu de "nouveaux biens".

21. Pour ce qui est des paragraphes 13 à 33, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Afin de souligner l'importance du nom du constituant, modifier l'ordre des paragraphes et placer le paragraphe 18 après le paragraphe 13;

b) Limiter les renvois aux autres approches non recommandées dans le *Guide*;

c) Aux paragraphes 19 et 20, expliquer que, bien que le *Guide* parle de fichier unique, le système de registre pourrait être conçu pour permettre la recherche séparée de constituants personnes physiques ou de constituants personnes morales;

d) Traiter les questions de protection de la vie privée et d'usurpation d'identité de la même manière que dans le *Guide*, en soulignant que la loi recommandée par ce dernier s'appliquerait avec la loi régissant ces questions;

e) Présenter les règles relatives au nom du constituant comme des exemples qui n'interdisent pas l'application des conventions utilisées dans un État adoptant pour former les noms;

f) Insister sur la raison pour laquelle un État pourrait exiger certains documents (en l'occurrence, disposer d'un élément unique pour identifier le constituant) et non sur les documents précis devant être produits;

g) Au paragraphe 23, préciser que tous les documents officiels ne spécifient pas les composantes du nom du constituant (prénom usuel, deuxième prénom et nom de famille);

h) Au paragraphe 24, préciser que, une fois remplies les trois conditions se trouvant mentionnées dans ce paragraphe, l'utilisation d'un numéro d'identification personnel délivré par l'État serait un moyen idéal de bien individualiser les constituants;

i) Préciser que le "registre public" mentionné au paragraphe 27 concerne les documents constitutifs d'une personne morale;

j) Dans le tableau faisant suite au paragraphe 28, mentionner la masse de l'insolvabilité car, dans certains systèmes juridiques, un représentant de l'insolvabilité n'est pas autorisé à constituer une sûreté sur des biens entrant dans la masse;

k) Déplacer la seconde phrase du paragraphe 29 pour en faire un paragraphe distinct car elle s'applique à tous les cas et non pas seulement au cas de l'entreprise individuelle; et

l) Aligner la dernière phrase du paragraphe 31 sur le critère prévu dans la recommandation 64, qui parle d'"induire gravement en erreur".

22. En ce qui concerne les paragraphes 31 à 36, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Préciser, au paragraphe 31, que l'adresse du constituant et les informations complémentaires le concernant, telles que sa date de naissance ou le numéro de sa carte d'identité, sont des exemples d'informations qui ne servent pas de critère de recherche;

b) Apporter davantage de précisions, aux paragraphes 31 et 36, sur le critère prévu dans la recommandation 64, à savoir le fait d'être "gravement induit en erreur", en fournissant si possible des exemples pertinents;

c) Parler, dans la première phrase du paragraphe 32, de la "logique de recherche" plutôt que du "logiciel"; et

d) Réviser le paragraphe 33 car la non-prise en compte des signes de ponctuation, des caractères spéciaux et des différences entre majuscules et minuscules dans la logique d'indexation et de recherche vaut non seulement pour les constituants personnes morales mais également pour les constituants personnes physiques.

23. S'agissant des paragraphes 37 à 52, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Développer le paragraphe 38 pour y fournir, en plus des exemples de description générique des biens grevés, des exemples sur la manière dont des biens spécifiques ou des types spécifiques de biens pourraient être décrits dans un avis conformément aux exigences de l'alinéa d) de la recommandation 14;

b) Réviser le paragraphe 45 pour qu'il renvoie aux paragraphes 42 et 43, étant donné que ces derniers illustrent bien les raisons justifiant l'indexation par numéro de série (pour certains biens meubles corporels qui ont un marché de revente important et une valeur assez élevée et pour préserver le droit du créancier garanti de suivre le bien entre les mains de l'acheteur ou du preneur à bail s'il est vendu ou donné à bail par le constituant initial);

c) Préciser que l'utilisation d'un numéro de série pour décrire certains types de biens qui ont à la fois une grande valeur et une valeur de revente (recommandations 14, al. d), et 63) et l'utilisation d'un numéro de série comme critère de recherche sont deux questions distinctes;

d) Traiter les questions liées à la description, dans un avis, de biens grevés attachés à des immeubles (en s'inspirant des paragraphes 60 et 61 du document A/CN.9/WG.VI/WP.46);

e) Clarifier la seconde phrase du paragraphe 49 car la recommandation 65 ne porte que sur la description suffisante (ou insuffisante) des biens et non sur les cas où la personne procédant à l'inscription a simplement omis de décrire certains biens;

f) Dans le paragraphe 50, préciser: i) que la décision de principe adoptée dans le *Guide* permet une description extrêmement générale des biens grevés pour que les parties puissent conclure de nouvelles conventions constitutives de sûretés

grevant des biens supplémentaires à mesure que les besoins financiers du constituant évoluent (comme l'inscription anticipée); et ii) que, si le constituant n'a pas autorisé une inscription aussi générale, il pourra demander une modification ou une radiation par une procédure simplifiée (recommandation 72) et, dans certains cas, exiger réparation;

g) Modifier les deux dernières phrases du paragraphe 52 pour tenir compte de l'approche mentionnée aux paragraphes 42 et 43; et

h) Préciser au paragraphe 52 que, dans les systèmes où le numéro de série est un critère d'indexation et de recherche, l'inscription aurait effet seulement si l'élément identifiant le constituant et le numéro de série sont tous deux saisis correctement et que l'utilisation facultative du numéro de série comme critère d'indexation et de recherche sans conséquence en cas d'erreur de saisie n'apporterait rien et risquerait même de compromettre la sécurité offerte grâce au registre.

24. En ce qui concerne le paragraphe 53, il a été proposé de préciser que la première approche (dans laquelle la loi fixe une durée légale standard) pourrait limiter voire entraver la liberté des parties de s'entendre sur une durée d'inscription plus longue. Il a également été proposé de mentionner d'autres approches possibles: a) le cas où aucune durée n'était prévue et où l'inscription produisait effet jusqu'à l'exécution de l'obligation garantie; et b) le cas où les parties choisiraient elles-mêmes la durée mais où, à défaut de choix, une durée standard s'appliquerait.

25. Pour ce qui est des paragraphes 56 à 61, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Préciser que le *Guide* est neutre sur la question du montant maximum pour lequel une sûreté peut être réalisée (recommandations 14, al. e), et 57, al. d));

b) Revoir la présentation des paragraphes 56 à 59 pour mentionner d'abord l'approche du *Guide*;

c) Préciser que, même si le montant maximum déclaré dans l'avis est inférieur au montant effectivement dû, la réalisation par le créancier garanti ne se limiterait pas à ce montant maximum en l'absence d'autres réclamants concurrents sauf s'il est également mentionné dans la convention constitutive (et non pas seulement dans l'avis);

d) Préciser que, dans la situation visée à l'alinéa c) ci-dessus, le créancier garanti serait en droit de recouvrer l'excédent uniquement en tant que créancier chirographaire; et

e) Modifier le paragraphe 57 pour rendre compte des pratiques réelles en matière de prêts, car les prêteurs conservent habituellement une certaine marge sur la valeur marchande du bien.

2. A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 1 à 40

26. Pour ce qui est des paragraphes 1 à 4, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Indiquer que, même dans les registres électroniques où les avis sont soumis en ligne, il pourrait y avoir un décalage entre le moment où les informations figurant dans l'avis sont saisies dans le fichier du registre et celui où ces informations deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche;

b) Supprimer les mots "avant d'être certaine que sa sûreté est opposable" car l'inscription anticipée d'une sûreté (sans autorisation du constituant) ne la rend peut-être pas encore opposable; et

c) Lorsque les avis sont soumis sur papier, le personnel du registre (en cas d'inscription manuelle) devrait respecter l'ordre de soumission.

27. S'agissant des paragraphes 5 et 6, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Au paragraphe 6, préciser que le cédant (le créancier garanti initial), ou le cessionnaire avec l'accord du cédant, est autorisé à modifier les informations relatives au créancier garanti;

b) Préciser que, lorsque le cessionnaire omet d'inscrire la modification, le créancier garanti initial conserve la capacité juridique de modifier l'état du fichier (chap. IV du *Guide*, par. 111);

c) Préciser que la notification du constituant est une question distincte de celle de la modification de l'inscription; et

d) Indiquer, à la quatrième phrase du paragraphe 6, que le système de registre "doit être" conçu de sorte qu'un résultat de recherche affiche à la fois les informations relatives au créancier garanti initial et celles relatives au nouveau créancier.

28. Au paragraphe 7, il faudrait préciser qu'un réclamant concurrent pourrait inscrire un avis de modification avec l'accord du créancier garanti renonçant à sa priorité, sous réserve que la sûreté de ce dernier ou d'un réclamant concurrent ait été rendue opposable par inscription.

29. Au paragraphe 8:

a) À la fin de la première phrase, il faudrait ajouter une formule du type "de sorte qu'une recherche dans le registre à partir du nouveau nom ne permettra pas de retrouver l'inscription initiale";

b) La dernière phrase devrait être supprimée; et

c) Il faudrait préciser que, dans les systèmes qui utilisent un numéro d'identification unique pour identifier le constituant, la modification du nom du constituant n'a aucune incidence sur l'identification de ce dernier.

30. Au paragraphe 9:

a) À la fin de la première phrase, il faudrait indiquer que le défaut de saisie d'une modification ne devrait pas rendre la sûreté "généralement" ou "rétroactivement" inopposable aux tiers; et

b) À la fin de la troisième phrase, il faudrait préciser que l'expression "ces catégories de réclamants concurrents" renvoie au créancier garanti, à l'acheteur, au preneur à bail ou au preneur de licence du bien grevé.

31. Aux paragraphes 10 et 11, il faudrait préciser les points suivants:

a) La question essentielle est de savoir si un créancier garanti aurait le droit d'inscrire une modification indiquant le nom du bénéficiaire du transfert du bien grevé pour protéger les tiers;

b) Le *Guide* recommande que la question soit traitée dans la loi et énumère les moyens possibles de le faire, en comparant leurs avantages et inconvénients respectifs;

c) Le créancier garanti peut procéder à une nouvelle inscription au nom du bénéficiaire du transfert (plutôt que de modifier l'inscription initiale); et

d) S'il est fait référence à un transfert non autorisé en dehors du cours normal des affaires, c'est parce que, dans certaines opérations, en cas de transfert de certains biens autorisé ou effectué dans le cours normal des affaires du constituant, le bénéficiaire acquiert le bien libre de la sûreté (recommandations 80, al. a), et 81, al. a)).

32. Au paragraphe 12, il faudrait préciser les points suivants:

a) Les nouveaux biens grevés pourraient être ajoutés par le biais d'une modification ou d'une nouvelle inscription;

b) La nouvelle inscription ou la modification relative aux nouveaux biens grevés prendrait effet à partir du moment où elle est effectuée (elle n'est pas rétroactive);

c) La seule différence entre une nouvelle inscription et une modification est que cette dernière expire en même temps que l'inscription initiale.

33. Pour ce qui est du paragraphe 15:

a) Il faudrait supprimer la troisième phrase car, si un créancier garanti ne renouvelle pas une inscription en temps voulu ou s'il enregistre involontairement une mainlevée, il se verra primé par tous les réclamants concurrents; et

b) Il faudrait modifier la dernière phrase de manière à ce qu'elle reflète le résultat mentionné au point a) ci-dessus.

34. Au paragraphe 20, il faudrait mentionner le droit du constituant de demander la radiation de l'inscription non seulement lorsqu'il n'a pas été conclu de convention constitutive de sûreté, mais aussi lorsqu'une telle convention n'a pas été envisagée.

35. Au paragraphe 21, il faudrait préciser les points suivants:

a) Le créancier garanti est tenu d'exécuter la demande dans un nombre de jours déterminé "après réception de la demande" (recommandation 72, al. a)); et

b) Le constituant ou la juridiction devrait inscrire la mainlevée ou la modification conformément à une procédure déterminée.

36. Au paragraphe 22, il faudrait préciser les points suivants:

a) Le consentement du constituant n'est pas requis pour certains types de modifications (par exemple en cas de cession de l'obligation garantie, de renonciation à la priorité ou de changement d'adresse du créancier garanti);

b) Le registre devrait pouvoir déterminer si une mainlevée ou une modification a été inscrite par le créancier garanti ou par une autre personne;

c) L'accès des personnes effectuant une recherche aux archives contenant les inscriptions radiées est une question distincte qui se pose dans le cas des radiations tant volontaires qu'obligatoires; et

d) Dans certains systèmes juridiques, les personnes effectuant une recherche ont accès aux archives contenant les inscriptions radiées, alors que selon la loi recommandée dans le *Guide* il serait possible d'obtenir des informations sur ces inscriptions radiées en faisant une demande au registre (recommandation 74).

37. Pour ce qui est des paragraphes 23 à 26:

a) Il faudrait remodeler le texte pour que le paragraphe 25 suive le paragraphe 23;

b) Il faudrait traiter les questions de respect de la vie privée, d'une part, séparément de la question de savoir si une personne effectuant une recherche doit motiver sa recherche et, d'autre part, en se référant à d'autres lois (lois sur la protection de la vie privée et l'usurpation d'identité); et

c) Il est inutile de tenir un fichier des personnes effectuant une recherche si ce n'est pour y indiquer le paiement, le cas échéant, de frais de recherche.

38. En ce qui concerne les paragraphes 27 à 31, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Indiquer, dans la dernière phrase du paragraphe 27, qu'une personne attentive et prudente saisirait l'élément identifiant correctement le constituant pour effectuer sa recherche;

b) Préciser, au paragraphe 28, que le critère de recherche devant être utilisé est l'élément identifiant correctement le constituant et non son état (par exemple, constituant insolvable ou décédé);

c) Souligner, au paragraphe 29, qu'une recherche à partir du numéro d'inscription est particulièrement utile lorsqu'il est impossible d'utiliser l'élément identifiant le constituant pour retrouver les avis, en raison d'erreurs d'indexation ou d'un changement dans la logique de recherche; et

d) Donner, dans le paragraphe 30, des exemples de cas où une seule modification globale serait utile (par exemple, fusions ou acquisitions de banques).

39. S'agissant des paragraphes 32 et 33, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Au lieu de n'autoriser que la ou les langues officielles de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu, permettre aux États de déterminer librement la langue, qu'elle soit officielle ou non, dans laquelle devraient être saisies les informations;

b) Étant donné qu'il lui sera parfois impossible de savoir dans quelle langue ont été saisies les informations, autoriser la personne effectuant la recherche à utiliser l'une des langues officielles, le résultat de la recherche s'affichant ensuite dans la langue utilisée pour saisir initialement les informations;

c) Remplacer, dans le paragraphe 32, le mot "accents" par "symboles";

d) Indiquer au paragraphe 33 que, si les règles applicables à l'inscription exigent la saisie de toutes les versions linguistiques du nom du constituant, elles devraient aussi prévoir les conséquences juridiques d'une erreur dans une ou plusieurs de ces versions; et

e) Indiquer que l'utilisation de numéros d'identification pourrait contribuer à limiter les problèmes de langue.

40. Pour ce qui est des paragraphes 34 à 36, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Réviser la première phrase du paragraphe 34 car la vérification, bien qu'essentielle pour le créancier garanti, n'est pas une obligation pour assurer l'opposabilité de la sûreté (recommandations 32 et 70);

b) Réviser la deuxième phrase du paragraphe 34 pour préciser que, si la personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après que les informations inscrites ont été saisies dans le fichier du registre (recommandation 55, al. e)), le registre a pour seule obligation d'envoyer au créancier garanti une copie de toute "modification" apportée à un avis inscrit (recommandation 55, al. d));

c) Préciser au paragraphe 34 que, lorsque l'inscription est effectuée par une personne autre que le créancier garanti, copie de l'inscription devrait être envoyée soit à cette personne soit au créancier garanti;

d) Préciser davantage la notion de "personne procédant à l'inscription" au paragraphe 34; et

e) Réviser le paragraphe 35, et notamment sa dernière phrase, pour mentionner les moyens de communication électroniques en général et non une technologie en particulier.

41. En ce qui concerne les paragraphes 37 à 40, il a été proposé soit de les supprimer soit d'en réduire considérablement le contenu, car la question de savoir si le constituant est en droit de demander des informations supplémentaires et si le créancier garanti est tenu de fournir ces informations devrait être réglée par la loi matérielle sur les opérations garanties et non par le règlement. Il a également été déclaré que, en tout état de cause, le constituant avait accès à la plupart des informations pertinentes dans la convention constitutive de sûreté conclue avec le créancier garanti.

42. Il a toutefois été souligné que, si cette question devait certes être traitée dans la loi matérielle sur les opérations garanties, il serait utile d'informer le lecteur du texte sur l'inscription que les avis ne fournissaient pas toujours l'ensemble des informations dont le constituant ou un tiers pourrait avoir besoin. Il a donc été proposé d'écourter les paragraphes 37 à 40 pour y exposer simplement les questions susceptibles d'intéresser le fonctionnement du registre.

43. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet des paragraphes 45 et 46, dont les suivantes:

a) Il faudrait mettre l'accent sur le fichier centralisé et unifié offrant plusieurs modes et points d'accès aux personnes procédant à une inscription ou effectuant une recherche plutôt que sur la conservation des informations dans une base de données unique et unifiée, en raison notamment de la mise au point de nouvelles technologies; et

b) Compte tenu des questions qui leur sont spécifiques (voir les recommandations 224 à 227), les États à plusieurs unités pourraient envisager d'instaurer un registre centralisé pour toutes leurs unités.

44. Pour ce qui est du paragraphe 50, il a été estimé que, dans certains cas, il faudrait que le registre fournisse à certains utilisateurs, tels que les banques, un code d'accès spécial leur permettant d'attribuer des codes d'accès à leurs succursales.

D. Conception, administration et fonctionnement du registre (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 51 à 73)

45. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet des paragraphes 51 à 60, dont les suivantes:

a) Au paragraphe 52, préciser que les États devraient conserver la propriété du fichier du registre afin d'instaurer la confiance du public dans le registre et d'empêcher la commercialisation et l'utilisation frauduleuse des informations y figurant;

b) Afin de s'aligner sur le *Guide*, faire référence, dans les paragraphes 57 et 58, à un type de recherche et ne pas établir de distinction entre les recherches officielles et non officielles;

c) Au paragraphe 59, faire simplement référence aux "erreurs", celles-ci étant par nature involontaires;

d) Au paragraphe 60: i) préciser que le registre devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher l'accès aux fichiers électroniques et leur duplication sans autorisation; ii) faire référence aux objectifs, qui sont d'éviter la perte ou la corruption des données et d'assurer le fonctionnement ininterrompu du registre, plutôt qu'à la manière de résoudre ces problèmes par des méthodes qui pourraient bientôt être dépassées; et iii) mentionner les centres de reprise après sinistre;

e) Aux paragraphes 66 à 68, mentionner que le registre peut faire partie d'une administration et, par conséquent, ne pas facturer de frais d'inscription ni de recherche; et

f) Au paragraphe 72, mettre l'accent sur la transition vers une nouvelle loi sur les opérations garanties plutôt que sur la manière dont les données peuvent être migrées vers un nouveau registre sans que la loi sur les opérations garanties ne soit modifiée.

V. Inscription des sûretés réelles mobilières: projet de règlement type (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3)

A. Généralités (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 1)

46. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen du projet de règlement type. Au début de cet examen, différents points de vue ont été exprimés quant à la forme du texte. Selon un avis, celui-ci devrait prendre la forme de recommandations. Il a été dit que des recommandations se situeraient davantage dans la ligne du *Guide*, et seraient plus souples et donc plus acceptables. Selon un autre avis, le texte devrait prendre la forme d'un règlement type. On a fait observer que, même si un règlement type n'était pas plus contraignant que des recommandations, il serait plus concret et attirerait davantage l'attention des gouvernements. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé d'examiner tout d'abord le texte quant au fond et de revenir sur la question de la forme à un stade ultérieur.

47. Pour ce qui est de l'article premier (Définitions), plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Dans la définition du terme "adresse": i) il vaudrait peut-être mieux exiger une adresse physique pour le constituant et un numéro de boîte postale ou une adresse de courrier électronique pour le créancier garanti; ii) dans le texte anglais, il faudrait parler de code "postal" plutôt que de code "zip"; et iii) il faudrait tenir compte du fait que, dans certains États, l'adresse pourrait être formulée en des termes plus généraux (par exemple, le nom d'une ville ou d'une île plutôt qu'un nom de rue);

b) S'agissant du terme "modification": i) il faudrait préciser la définition en y ajoutant une liste d'exemples de modifications; ii) la définition devrait être alignée sur les articles 27 et 28; et iii) il faudrait indiquer si le terme désigne une notification, les informations modifiées ou le résultat des modifications apportées aux informations;

c) Concernant la signification du terme "sûretés réelles mobilières" dans la définition du terme "loi", il a été noté qu'il n'était pas nécessaire de le définir puisqu'il était expliqué dans la terminologie ou dans les recommandations du *Guide*;

d) Dans la définition du terme "avis", il faudrait renvoyer aux recommandations 72 à 75;

e) Dans la définition du terme "mot de passe", il faudrait supprimer le mot "confidentiel" car, même en cas de violation de la confidentialité, le mot de passe reste un mot de passe (une disposition exigeant que le mot de passe reste confidentiel pourrait être prévue pour régler la question);

f) On pourrait envisager de fusionner les définitions des termes "inscription" et "fichier du registre";

g) Il faudrait supprimer les définitions des termes "logique de recherche officielle", "registre", "services du registre" et "système de registre" dans la mesure où leur signification était évidente;

h) Les définitions des termes “numéro de série” et “biens porteurs de numéros de série”, qui ont été jugées excessivement restrictives, ne devraient être examinées que si le Groupe de travail décidait de conserver les articles dans lesquels ces termes apparaissaient; et

i) La définition du terme “identifiant”, d’où il ne ressortait pas clairement si elle renvoyait seulement à la personne procédant à l’inscription ou également à une personne effectuant une recherche, devrait être examinée dans le cadre des articles dans lesquels ce terme était utilisé.

B. Création et fonctionnement d’un registre (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 2 à 7)

48. S’agissant de l’article 2 (Création d’un registre), les propositions suivantes ont été faites:

a) Ajouter une référence à un registre “central”;

b) Envisager de reformuler et de simplifier la référence à l’objet du registre; et

c) Compléter l’article par une disposition sur la portée du registre.

49. Pour ce qui est de l’article 3 (Nomination du conservateur du registre et du conservateur adjoint), différents points de vue ont été exprimés. Selon un avis, il faudrait supprimer cet article dans la mesure où il était trop détaillé et où la question devrait être réglée par chaque État. Selon un autre avis, si le texte prenait la forme d’un règlement qui était par définition plus prescriptif que des recommandations, la souplesse nécessaire aux États pour régler cette question serait inévitablement limitée. Selon un autre avis encore, que le texte prenne la forme d’un règlement type ou de recommandations, il devrait traiter au moins de la nomination d’un conservateur du registre, mais pas nécessairement des modalités de sa nomination ou de ses fonctions ni de la désignation d’un conservateur adjoint ou d’autres membres du personnel du registre.

50. En ce qui concerne l’article 3, il a aussi été estimé qu’il faudrait que celui-ci souligne qu’une entité juridiquement compétente pourrait nommer une personne ou une entité (publique ou privée, voir recommandation 55, al. a)) chargée de superviser et d’administrer le registre, tandis que la structure ou la hiérarchie interne du mécanisme du registre devrait être laissée à chaque État.

51. Par ailleurs, il a été estimé que, quelle que soit la forme que le texte pourrait prendre (recommandations ou règlement type), il existerait des dispositions clefs qui devraient comprendre certaines précisions et d’autres, telles que les articles 3 et 4, qui devraient être rédigées en termes généraux et fonctionner comme un rappel de questions que les États devraient traiter dans la législation ou la réglementation.

52. En ce qui concerne l’article 4, il a été estimé qu’il faudrait opérer une distinction entre les pouvoirs et obligations du registre, qui étaient de nature administrative, et les services à fournir par celui-ci (réceptionner, indexer et conserver les avis, délivrer des certificats et permettre des recherches). Il a également été estimé que l’affectation des pouvoirs et obligations du personnel du registre devrait être laissée à chaque État.

53. En ce qui concerne l'article 7, il a largement été estimé que la responsabilité d'un registre était une question qui relevait du droit applicable (contrats, délits, opérations garanties, voire droit administratif) et devrait être laissée à ce droit conformément à la recommandation 56. On a estimé, cependant, qu'il faudrait que le règlement ou le commentaire aborde cette question qui pourrait, notamment, affecter le coût de l'inscription, qui, aux termes de la recommandation 54, alinéa i), devrait être fixé à un niveau qui ne soit pas supérieur à celui nécessaire au recouvrement des coûts.

C. Services du registre (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 8 à 10)

54. S'agissant de l'article 8, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Il faudrait établir une distinction claire entre les critères d'accès au registre à des fins d'inscription et ceux d'accès à des fins de recherche, et les définir séparément;

b) Il faudrait reformuler l'article 8 en tenant compte du fait que l'identification du constituant d'une manière suffisante pour permettre l'indexation et la fourniture d'autres éléments d'information requis sont indispensables pour que le registre accepte l'avis, mais n'autorisent pas à y accéder (recommandation 54, al. c));

c) La distinction entre utilisateurs occasionnels et utilisateurs fréquents ne s'applique qu'aux personnes qui procèdent à une inscription; partant, il faudrait reformuler le paragraphe 2 pour préciser qu'il ne concerne que les personnes qui procèdent fréquemment à une inscription;

d) Un identifiant et un mot de passe peuvent être attribués aux personnes qui procèdent à une inscription lorsqu'elles en ont besoin, mais cela n'est pas nécessaire pour les personnes qui effectuent une recherche; et

e) L'attribution d'un identifiant et d'un mot de passe ne devrait pas être présentée comme le seul moyen d'accorder un accès aux services du registre dans la mesure où d'autres méthodes existent actuellement ou pourraient être proposées à l'avenir.

55. Pour ce qui est de l'article 9, il a été dit que le registre devrait pouvoir partir du principe que l'identifiant et le mot de passe étaient utilisés à bon escient et que la personne qui procédait à l'inscription en était le propriétaire légitime. Toutefois, il a été fait remarquer qu'en cas d'utilisation illégitime par une personne et d'inscription d'une modification préjudiciable les droits du créancier garanti ne devraient pas être lésés par la présomption irréfragable selon laquelle l'identifiant et le mot de passe étaient utilisés à bon escient.

56. En ce qui concerne l'article 10, plusieurs propositions ont été faites, dont les suivantes:

a) Il faudrait mentionner le rejet d'un "avis" et non d'une "inscription";

b) Il faudrait reformuler l'alinéa b) du paragraphe 1 comme suit: "Les informations contenues dans l'avis ou dans la demande de recherche ne respectent pas les dispositions du présent Règlement"; et

c) Dans le contexte de l'inscription électronique, il faudrait parler d'informations "incomplètes" et non d'informations "incompréhensibles et illisibles".

D. Inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 11 à 16)

57. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet de l'article 11, dont les suivantes:

a) Le paragraphe 1 devrait prévoir que le registre enregistre la date et l'heure de l'inscription conformément à la règle énoncée au paragraphe 2 et attribue un numéro d'inscription;

b) Le paragraphe 2 énonçant une règle fondamentale, il faudrait peut-être réexaminer l'ordre des paragraphes 1 et 2;

c) On pourrait aussi régler les questions relatives aux inscriptions simultanées en prévoyant que le registre enregistre la date et l'heure exactes de la réception et indexe les avis en suivant strictement l'ordre dans lequel ils ont été reçus; et

d) Il faudrait peut-être prévoir des règles spéciales sur la date et l'heure d'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

58. Plusieurs suggestions ont été faites au sujet de l'article 12, dont les suivantes:

a) Il faudrait préciser que les options prévues à l'article 12 sont conformes à la recommandation 69;

b) Dans l'option B, il faudrait supprimer la durée maximale et la présenter dans une option C, et supprimer la deuxième phrase car, dans un registre électronique qui permet de choisir librement la durée, un avis sera rejeté si la durée d'inscription n'a pas été sélectionnée; et

c) Il faudrait supprimer le paragraphe 3 de l'article 12, en expliquant dans le commentaire que cette question relève du droit applicable.

59. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir s'il faudrait ou non conserver l'article 13. Selon un avis, il fallait le supprimer car la question du moment de l'inscription relevait de la loi sur les opérations garanties et était traitée dans la recommandation 67. Selon un autre avis, il fallait le conserver pour rappeler cette question importante qui devait être traitée dans la loi ou le règlement. Des avis similaires ont été exprimés en rapport avec l'article 14. Concernant ce dernier, l'avis a aussi été exprimé que la question de savoir si un avis unique pouvait porter sur des sûretés multiples devait être régie par le règlement.

60. Notant que la question de l'indexation par numéro de série n'était pas traitée dans les recommandations du *Guide*, mais l'était dans le commentaire, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait conserver la référence à cette indexation au paragraphe 2 de l'article 15 entre crochets, en attendant qu'il ait l'occasion

d'examiner l'article 24. Pour ce qui est du paragraphe 3, il a été suggéré d'indexer les modifications et les radiations non seulement suivant le numéro de l'avis initial (plutôt que de l'inscription), mais aussi suivant l'identifiant du constituant et le numéro de série du bien. Il a aussi été suggéré d'indexer également les avis suivant l'identifiant du créancier garanti, mais seulement à des fins internes au registre et, par conséquent, de traiter la question dans le commentaire plutôt que dans le règlement.

61. Pour ce qui est du paragraphe 1 de l'article 16, les suggestions suivantes ont été faites: a) mentionner également la suppression de certaines informations (par opposition au retrait de l'ensemble des informations); et b) préciser que les mots "fichier du registre" faisaient référence tant au fichier accessible au public qu'aux archives. S'agissant du paragraphe 2, il a été suggéré de mentionner également ce qui suit: a) le fait que le fichier du registre, dans ce contexte, faisait référence au fichier accessible au public (autrement, ce paragraphe ne serait pas compatible avec le paragraphe 2 de l'article 29); b) une décision judiciaire ou administrative du type visé à l'article 31; et c) la possibilité de conserver les avis radiés dans le fichier du registre accessible au public pendant un certain temps (par exemple deux ans).

62. En outre, l'avis a été exprimé que le fait d'autoriser le registre à retirer du fichier des informations futiles, vexatoires, offensantes et contraires à l'intérêt général reviendrait à l'autoriser à examiner la teneur des avis inscrits, ce qui était contraire à l'alinéa d) de la recommandation 54. De plus, l'avis a été exprimé que, lorsque le registre avait commis une erreur en saisissant dans le fichier des informations communiquées au moyen d'un avis sur papier, il devait pouvoir la corriger. Il a été dit qu'une telle correction était dans l'intérêt de toutes les personnes concernées et n'aurait pas d'incidence négative sur les droits de la personne procédant à l'inscription.

E. Informations contenues dans l'inscription (A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3, art. 17 à 30)

63. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 17, il a été proposé d'en aligner le libellé sur celui de l'alinéa d) de la recommandation 54.

64. S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 18, il a été proposé de le modifier de sorte qu'en cas de pluralité de créanciers garantis l'identifiant et l'adresse de chaque créancier ou de son représentant soient mentionnés sur l'avis. Il a été noté, au sujet de l'alinéa c) du même paragraphe, que celui-ci était suffisant pour englober un ou plusieurs biens.

65. Pour ce qui est du paragraphe 2, il a été proposé de faire référence à toute langue spécifiée dans la loi, laquelle pourrait être la langue officielle de l'État ou une autre langue.

66. Pour le paragraphe 3, il a été estimé que, dans la mesure où celui-ci prévoyait que le nom de chaque constituant devrait être indiqué dans l'avis, il pouvait tout à fait englober principalement des copropriétaires multiples du même bien grevé. Il a été déclaré que, si les propriétaires et les biens grevés étaient différents, le créancier garanti devrait inscrire plusieurs avis.

67. Il a également été proposé que le commentaire mentionne la nécessité pour le registre de disposer de règles pour la translittération des noms comportant des caractères étrangers dans l'alphabet de la ou des langues qu'il utilisait. Il a en outre été proposé que le commentaire comporte des dispositions préservant les conventions utilisées dans l'État adoptant pour la formation des noms.

68. En ce qui concerne l'option A de l'article 19, il a été proposé: a) qu'elle mentionne également le nom du constituant (pour s'aligner davantage sur la recommandation 59, dans laquelle le numéro d'identification est considéré comme une information supplémentaire permettant d'identifier le constituant); b) qu'elle sépare la question de l'identification du constituant dans un avis de celle de l'indexation des avis inscrits (qui pourrait se faire à partir du nom ou du numéro d'identification du constituant); et c) qu'elle traite également la question de l'identification des ressortissants étrangers. S'agissant de l'option B, il a été proposé: a) qu'elle traite également la question de l'identification des ressortissants étrangers; et b) qu'elle tienne compte du fait qu'un État pourrait délivrer un passeport et un autre État un document tel qu'un permis.

69. S'agissant du paragraphe 4, il a été estimé qu'aucune des possibilités s'y trouvant mentionnées ne donnait satisfaction car: a) la référence à l'adresse saisie dans l'avis était tautologique; b) la référence à la convention constitutive de sûreté ne permettait pas d'englober les cas où l'inscription intervenait avant la conclusion d'une telle convention; et c) la référence aux documents officiels risquait involontairement de renvoyer à une adresse qui n'était pas actuelle.

70. Il a donc été proposé de laisser à la personne effectuant l'inscription le soin de déterminer quelle adresse devrait être inscrite dans l'avis. Il a été déclaré qu'en tout état de cause il était dans l'intérêt de cette personne de mentionner l'adresse exacte du constituant, même si une indication incorrecte ne priverait pas l'inscription d'effet à moins d'induire gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche dans le registre (recommandation 64). Il a également été fait observer que le moment de l'inscription devrait servir de référence pour déterminer l'exactitude de l'adresse du constituant, mais que le créancier garanti pourrait toujours inscrire un avis de modification dans le cas où le constituant changerait d'adresse après l'inscription.

71. On a mentionné, à titre d'exemple, le cas d'un registre national dans lequel les avis mentionnaient, outre le nom du tiers constituant, celui du débiteur de l'obligation garantie. Il a été dit que cette information était utile pour plusieurs raisons, notamment parce qu'elle permettait aux tiers d'obtenir des informations auprès du débiteur et d'évaluer le risque de réalisation de la sûreté. Il a été noté, en réponse, que le *Guide* n'exigeait pas la mention d'informations sur le débiteur dans les avis, car une telle exigence compliquerait le processus d'inscription et les tiers pourraient toujours obtenir des informations sur le débiteur dans la convention constitutive de sûreté, qu'ils demanderaient généralement dans le cadre de l'obligation de diligence qui leur incombait.

72. On a fait observer, à cet égard, qu'il pouvait arriver que le constituant ne soit pas le propriétaire des biens mais une personne ayant le pouvoir de les grever (recommandation 13). Il a été noté en réponse que, même dans ce cas exceptionnel, aucun problème ne se posait car, après constitution, la sûreté avait effet entre les parties et, après inscription, elle devenait opposable aux tiers. Il a également été

souligné que les informations concernant le propriétaire (et toute sûreté qu'il aurait constituée) pourraient toujours être obtenues dans l'exercice habituel de l'obligation de diligence, qui révélerait également l'identité de celui-ci. Il a également été dit que les règles de priorité s'appliqueraient de toute façon aux conflits de priorité entre des sûretés créées par le constituant ou par le propriétaire effectif.

73. En ce qui concerne l'option A de l'article 20, il a été proposé qu'elle mentionne à la fois le nom et le numéro du constituant figurant dans le registre (des sociétés ou autre) concerné, conformément à la loi applicable. S'agissant de toutes les options de cet article, il a été proposé qu'elles indiquent également: a) les personnes morales qui n'étaient pas des sociétés; et b) les personnes morales étrangères. Pour le paragraphe 2 de l'article 20, il a été proposé que la question de l'adresse du créancier garanti personne morale soit traitée de la même manière que la question de l'adresse du créancier garanti personne physique.

74. Il a été proposé de reformuler les articles 19 à 21 de manière: a) à préciser que la question de l'identité du constituant relevait du droit matériel, et que la question des informations à fournir dans l'avis et celle des critères de recherche pourraient être traitées dans le projet de règlement type; et b) à mettre l'accent plutôt sur les critères de recherche que sur la manière dont les personnes procédant à l'inscription devaient remplir l'avis.

75. Il a été proposé de modifier l'article 21 de manière a) à faire plus clairement la distinction entre les fiducies portant un nom et celles qui n'en portaient pas; b) à renvoyer au nom du propriétaire du bien lorsque le constituant n'était pas le propriétaire; et c) à examiner la question du nom commercial des entreprises individuelles.

76. Pour ce qui est du paragraphe 3 de l'article 23, il a été estimé que les informations complémentaires pouvant être fournies sous la forme d'une annexe à l'avis pouvaient être évoquées dans le commentaire, mais devaient être supprimées dans l'article 23 et ne devaient en aucun cas faire référence à l'emplacement des biens.

77. S'agissant de l'article 24, il a été proposé de le supprimer et d'en expliquer la teneur dans le commentaire, ou de le modifier pour préciser que son application était limitée à l'indexation et à la recherche de certains biens porteurs de numéros de série. Pour ce qui est de toutes les autres références aux numéros de série figurant dans le projet de règlement type (définitions, paragraphe 2 de l'article 15, paragraphe 2 de l'article 26 et alinéa b) de l'article 33), il a été proposé de les conserver entre crochets.

78. S'agissant de l'article 25, il a été estimé ce qui suit:

a) Une description complémentaire du bien immeuble concerné ne serait peut-être pas nécessaire;

b) Une définition des biens attachés pourrait être incluse dans les définitions du règlement type; et

c) L'inscription d'une sûreté sur des biens meubles corporels attachés à un bien immeuble au bureau d'enregistrement des biens immeubles pourrait relever du droit immobilier.

79. S'agissant de l'article 26, les propositions suivantes ont été faites:

a) Modifier le titre comme suit: "Informations incorrectes ou incomplètes"; et

b) Simplifier le paragraphe 2 et l'aligner sur la recommandation 65.

80. S'agissant de l'article 27, les propositions suivantes ont été faites:

a) Il faudrait aligner la terminologie utilisée dans cet article sur celle utilisée dans le *Guide*;

b) Comme l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription était une question devant être traitée dans la loi sur les opérations garanties (et que le *Guide* ne renfermait pas de recommandation spécifique en la matière), il faudrait placer les dispositions relatives au transfert entre crochets dans le projet de règlement type ou dans le commentaire;

c) Il faudrait supprimer l'alinéa a) du paragraphe 1;

d) L'alinéa f) du paragraphe 1 devrait aussi traiter du cas où il y avait plusieurs créanciers garantis; et

e) Même si le bénéficiaire du transfert était identifié en tant que nouveau constituant remplaçant le constituant initial, une recherche devrait permettre de retrouver l'avis relatif au constituant initial.

81. Pour ce qui est de l'article 29, il a été suggéré, à l'alinéa a) du paragraphe 1, de faire référence aux "informations identifiant la personne ayant procédé à l'inscription", car seuls les utilisateurs accédant au registre par des moyens électroniques disposeraient d'un identifiant et d'un mot de passe, à moins qu'une autre technologie ne soit utilisée.

82. S'agissant de l'article 30, les propositions suivantes ont été faites:

a) Aux paragraphes 1 et 2, il faudrait faire référence à un "avis" plutôt qu'à une "inscription"; et

b) Il n'était pas nécessaire de préciser les informations à inclure dans la copie de l'avis.

83. Pour ce qui est de l'article 31, il a été estimé que la modification ou la radiation obligatoire devrait également s'appliquer dans les situations où l'avis comportait une description de biens qui n'étaient pas ou plus concernés par la convention constitutive de sûreté.

84. S'agissant de l'article 32, il a été largement estimé qu'il faudrait le supprimer et l'insérer dans le commentaire, car il traitait de questions relevant du droit matériel qui n'avaient pas leur place dans le projet de règlement type.

VI. Travaux futurs

85. Le Groupe de travail a noté que sa vingtième session devait se tenir à Vienne du 12 au 16 décembre 2011, sous réserve de la confirmation de ces dates par la Commission à sa quarante-quatrième session, prévue à Vienne du 27 juin au 8 juillet 2011.

D. Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-13
	A. Informations générales	1-5
	B. Sources	6-8
	C. Principes directeurs	9
	D. Lecteurs visés	10-13
II.	Objet d'un registre des sûretés réelles mobilières	14
	A. Introduction	14-16
	B. Fonction d'une sûreté réelle mobilière	17-18
	C. Justifications du crédit garanti	19
	D. Sûretés réelles mobilières avec dépossession ou sans dépossession	20-22
	E. Utilisation d'un registre pour parer aux risques juridiques découlant des sûretés réelles mobilières sans dépossession	23-25
	F. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription	26-36
	1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession	26
	2. Financement d'acquisitions	27
	3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires	28-30
	4. Espèces, instruments négociables et documents négociables	31
	5. Comptes bancaires et valeurs mobilières	32
	6. Biens soumis à inscription sur un registre spécialisé	33-35
	7. Autres exceptions	36
	G. Portée opérationnelle du registre	37-44
	1. Approche générale: primauté du fond sur la forme	37
	2. Mécanismes de sûreté fondés sur la réserve de propriété	38-39
	3. Cessions pures et simples de créances	40-41
	4. Autres types d'opérations	42-44
	H. Portée territoriale du registre	45-46
	I. Effet de la connaissance effective ou supposée d'une sûreté non inscrite sur l'opposabilité et la priorité	47

J. Inscription et insolvabilité 48-52
K. Inscription et constitution d'une sûreté réelle mobilière 53
L. Inscription et réalisation 54
M. Conséquences du défaut d'inscription 55
N. Coordination entre le registre des sûretés et les registres spécialisés de biens meubles 56-58
O. Coordination entre le registre des sûretés et les registres immobiliers 59-61
III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace 62-72
A. Introduction 62
B. Déterminer la propriété des biens grevés 63-64
C. Inscription d'avis ou inscription de documents 65-69
D. Indexation par constituant ou indexation par bien 70-72

Historique

À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a noté avec intérêt les thèmes de travaux futurs examinés par le Groupe de travail VI à ses quatorzième et quinzième sessions (A/CN.9/667, par. 141, et A/CN.9/670, par. 123 à 126). À cette session, elle est convenue que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international pour recueillir les vues et les conseils d'experts au sujet des travaux qui pourraient être menés dans le domaine des sûretés[1]. Conformément à cette décision[2], le Secrétariat a organisé un colloque international sur les opérations garanties (Vienne, 1er-3 mars 2010). Plusieurs thèmes y ont été examinés, notamment l'inscription des sûretés réelles mobilières, les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés, une loi type sur les opérations garanties, un guide contractuel sur les opérations garanties, l'octroi de licences de propriété intellectuelle et l'application des textes de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ont participé à ce colloque des experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé[3].

À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés (A/CN.9/702 et Add.1). Cette note passait en revue tous les thèmes abordés lors du colloque. La Commission est convenue que toutes les questions présentaient un intérêt et devraient être inscrites à son programme de travaux futurs afin qu'elle puisse les examiner lors d'une future session à partir de notes que le Secrétariat serait chargé d'établir dans les limites des ressources

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 313 à 320.

[2] Ibid.

[3] Les actes du colloque sont consultables à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/3rdint.html.

existantes. Cependant, compte tenu des ressources limitées dont elle disposait, elle est convenue que la priorité devrait être accordée à la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières[4].

À cet égard, il a été largement estimé qu'un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières compléterait utilement les travaux de la Commission sur les opérations garanties et donnerait aux États les orientations dont ils avaient besoin d'urgence pour l'établissement et l'exploitation d'un registre des sûretés. Il a été dit que la réforme du droit des opérations garanties ne pourrait être menée à bien sans la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières qui soit efficace et accessible au public. Il a également été souligné que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*") ne traitait pas de façon suffisamment détaillée les diverses questions juridiques, administratives, infrastructurelles et fonctionnelles qui devaient être réglées pour mettre en place un tel registre avec succès[5].

La Commission est également convenue que, si l'on pouvait confier au Groupe de travail le soin de déterminer exactement la forme et la structure du texte, celui-ci pourrait: a) comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire, des recommandations et un règlement type; et b) se fonder sur le *Guide*, sur des textes établis par d'autres organisations et sur les régimes juridiques nationaux qui avaient mis en place des registres des sûretés similaires à celui recommandé dans le *Guide*. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé de charger le Groupe de travail d'élaborer un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières[6].

À sa dix-huitième session (Vienne, 5-10 novembre 2010), le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Inscription des sûretés réelles mobilières" (A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2). Dès le début, il s'est déclaré largement favorable à un texte sur l'inscription des sûretés réelles mobilières et a noté que l'expérience montrait clairement qu'une loi sur les opérations garanties ne pouvait atteindre ses objectifs que si elle était complétée par un système d'inscription efficace (A/CN.9/714, par. 12). Pour ce qui est de la forme et de la structure exactes du texte à élaborer, le Groupe de travail a adopté l'hypothèse de travail selon laquelle ce texte serait un guide sur la mise en place et le fonctionnement d'un registre des sûretés réelles mobilières qui pourrait comprendre des principes, des lignes directrices, un commentaire et éventuellement un règlement type. Il est aussi convenu que le texte du guide proposé devrait être conforme au type de régime juridique envisagé dans le *Guide* pour les opérations garanties et prendre en compte les différentes approches adoptées par les systèmes modernes d'inscription nationaux comme internationaux. Il a aussi été observé que, conformément au *Guide* (voir recommandation 54, al. j)), le guide proposé devrait tenir compte de la nécessité de disposer d'un système hybride où les parties pourraient choisir d'effectuer leurs inscriptions et leurs recherches sous forme électronique ou sur papier (A/CN.9/714, par. 13). Il a été demandé au Secrétariat d'élaborer un projet de texte pour le guide proposé à partir des discussions et des conclusions du Groupe de travail (A/CN.9/714, par. 11). Le texte ci-dessous en constitue la première version.

---

[4] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 264 et 273.
[5] Ibid., par. 265.
[6] Ibid., par. 266 et 267.

[*Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le guide proposé sur le registre des sûretés devrait être un texte autonome ou un supplément au* Guide *sur les opérations garanties. Le Groupe de travail ayant décidé à sa dix-huitième session que la loi recommandée dans le* Guide *pour les opérations garanties devrait servir de base au guide sur le registre des sûretés, il semblerait que ce dernier doive prendre la forme d'un supplément. Cependant, l'emploi du mot "guide" pour désigner le texte proposé sur le registre pourrait non seulement souligner l'importance de ce dernier, en le mettant davantage en valeur, mais également se justifier au motif qu'il ne se limiterait pas aux sujets déjà traités dans le* Guide *sur les opérations garanties mais aborderait aussi des points de discussion nouveaux (toujours dans le sens de la loi recommandée dans le* Guide*). Si le Groupe de travail décide d'employer le mot "guide" au lieu de "supplément", il voudra peut-être examiner comment intituler le texte exactement (par exemple Guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, Guide sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, etc.). Bien que ce point puisse faire l'objet d'une décision finale à un stade ultérieur, l'adoption d'une hypothèse de travail dès maintenant faciliterait l'élaboration du texte.*]

I. Introduction

A. Informations générales

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (le "*Guide*") traduit le fait que tous reconnaissent l'importance économique d'un cadre juridique moderne facilitant les opérations de financement garanties par des sûretés réelles mobilières. La mise en place d'un registre accessible au public permettant d'inscrire des informations sur l'existence potentielle de sûretés grevant des biens meubles constitue un élément essentiel de la loi recommandée dans le *Guide* et, d'une manière générale, des réformes entreprises dans ce domaine.

2. Le chapitre IV du *Guide* contient un commentaire et des recommandations concernant de nombreux aspects d'un registre des sûretés. Cependant, pour comprendre les règles et les effets juridiques de l'inscription, ainsi que la portée du registre, le lecteur devrait avoir une connaissance relativement approfondie du *Guide* dans son ensemble. C'est pourquoi le chapitre II du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières (le "projet de guide sur le registre") présente une brève synthèse de la fonction juridique d'un registre des sûretés à l'intention des États qui ont adopté ou qui souhaitent adopter une législation sur les prêts garantis qui soit conforme aux recommandations du *Guide*. Il a pour but de venir en aide non seulement aux personnes participant à la mise en place du registre, lesquelles ne sont pas des juristes mais qui devront avoir un minimum de connaissance du contexte juridique du registre afin d'accomplir leur travail avec compétence, mais également aux clients du registre et à d'autres personnes (voir par. 10 ci-dessous).

3. Un registre général des sûretés réelles mobilières présente des différences fondamentales avec les types de registres visant à inscrire la propriété et les droits réels grevant la propriété de biens immeubles et de matériel de grande valeur, comme les navires, que de nombreux États connaissent très bien. Ainsi, le chapitre III du projet de guide sur le registre explique les caractéristiques

principales qui distinguent un registre général des sûretés réelles mobilières des autres types de registres et contribuent à son bon fonctionnement, notamment l'inscription d'avis en vue d'établir l'opposabilité et l'indexation par référence au constituant.

4. Les règles applicables au processus d'inscription et de recherche ne sont généralement pas définies en détail dans le cadre législatif régissant les opérations garanties mais dans des règlements, des directives ministérielles et d'autres textes de niveau inférieur. Alors que le chapitre IV du *Guide* formule des recommandations sur les grands principes associés à ces questions juridiques, le chapitre IV du projet de guide sur le registre (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1 et 2) donne des lignes directrices concrètes sur les types de règles juridiques devant être élaborées dans le cadre du processus de mise en place pour la présentation d'avis aux fins d'inscription et pour les recherches. Ces lignes directrices sont complétées par un projet de règlement type (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3).

5. Le chapitre IV du *Guide* ne traite pas, ou du moins pas dans tous les détails, la multitude de questions technologiques, administratives et opérationnelles que soulèvent l'élaboration et le fonctionnement d'un registre des sûretés efficace. Aussi le chapitre V du projet de guide sur le registre (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2) cherche-t-il à compléter le *Guide* en traitant ces questions pratiques de façon plus précise et plus développée.

B. Sources

6. L'expérience des États qui ont mis en place le type de registre général des sûretés envisagé par le *Guide* montre que les progrès de l'informatique peuvent améliorer considérablement l'efficacité du fonctionnement des registres des sûretés réelles mobilières. En ce qui concerne notamment les aspects techniques de la conception et de l'exploitation des registres, le projet de guide sur le registre s'appuie donc sur ces précédents nationaux pour donner des indications aux États.

7. Le projet de guide sur le registre s'est également fondé sur d'autres sources internationales, dont les suivantes:

a) Publication de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) sur la publicité des sûretés: Directives relatives à l'établissement d'un registre d'inscription des sûretés réelles (Guiding Principles for the Development of a Charges Registry) (2004);

b) Publication de la BERD sur la publicité des sûretés: définition de normes (Setting Standards) (2005);

c) Guide de la Banque asiatique de développement (BAD) sur les registres de biens meubles (Guide to Movables Registries) (2002);

d) Principes, définitions et règles modèles d'un droit privé européen, Projet de cadre commun de référence (The Principles, Definitions and Model Rules of a European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)), volume 6, livre IX (sûretés réelles mobilières), chapitre 3 (Opposabilité), section 3 (Inscription), (2010), élaboré par le Groupe d'études sur un code civil européen et le

Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Groupe Acquis communautaire);

e) Règlement type de l'Organisation des États américains (OEA) concernant le registre créé en vertu de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières (octobre 2009);

f) Publication de la Société financière internationale (Banque mondiale) sur les régimes d'opérations garanties et les registres de sûretés (Secured Transactions Systems and Collateral Registries) (janvier 2010);

g) Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Traité OHADA): faits nouveaux concernant la mise en place d'un registre régional des sûretés; et

h) Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et ses protocoles, instituant des registres internationaux (qui, s'ils portent sur des biens et couvrent aussi des opérations autres que des opérations garanties, reposent sur l'inscription d'avis pour établir l'opposabilité et la priorité).

8. Les sources nationales, régionales et internationales susmentionnées ne concordent pas toujours avec les recommandations du chapitre IV du *Guide* concernant l'inscription. Par conséquent, le projet de guide sur le registre expose les raisons justifiant les approches recommandées dans le *Guide* par rapport aux autres solutions possibles.

C. Principes directeurs

9. Le projet de guide sur le registre est sous-tendu par les principes fondamentaux suivants:

a) Efficacité juridique: les lignes directrices juridiques et opérationnelles régissant l'ensemble des services du registre, qui comprennent sans s'y limiter l'inscription et la recherche, devraient être simples, claires et sûres;

b) Efficacité opérationnelle: tous les services du registre, y compris le processus d'inscription et de recherche, devraient être conçus pour être aussi rapides et économiques que possible afin de garantir la sécurité et l'exactitude des informations saisies dans le fichier du registre; et

c) Traitement équilibré des intérêts de toutes les personnes concernées par le registre: les constituants, les créanciers garantis ou chirographaires potentiels ainsi que les réclamants concurrents éventuels sont tous concernés par la portée et le contenu des informations consignées dans un registre des sûretés et ont tous intérêt à ce que ces informations soient facilement accessibles; le cadre juridique et opérationnel du registre devrait donc être conçu de manière à respecter un juste équilibre entre les intérêts de toutes les parties susceptibles d'être concernées par le registre.

D. Lecteurs visés

10. Parmi les lecteurs potentiels du projet de guide sur le registre figurent tous ceux qui sont intéressés par la conception et la mise en place d'un registre des sûretés ou qui y participent activement, ainsi que ceux qui pourront être concernés par la création d'un tel registre. Il s'agit entre autres:

a) Des concepteurs du système de registre, notamment le personnel technique chargé d'établir les spécifications de conception et de répondre aux besoins du registre en matériel et en logiciels;

b) Des administrateurs et du personnel du registre;

c) Des clients du registre, des fournisseurs de crédits, des agences de notation du risque et des représentants de l'insolvabilité, mais aussi de toute personne dont les droits peuvent être affectés par des opérations commerciales mettant en jeu des biens meubles susceptibles d'être grevés d'une sûreté;

d) De la communauté juridique (notamment les juges, les arbitres et les avocats); et

e) De toutes les organisations prenant part à la réforme du droit des opérations garanties et à la fourniture d'une assistance en la matière (par exemple la Banque mondiale, la BERD, la BAD et la Banque interaméricaine de développement).

11. Ces lecteurs potentiels ne seront pas tous rompus aux subtilités du droit des opérations garanties et pourront même ne pas avoir reçu de formation juridique. Par conséquent, le projet de guide sur le registre est rédigé dans un style simple de manière à être facile à lire.

12. À l'instar du *Guide*, le projet de guide sur le registre a été rédigé de manière à permettre son utilisation par des États de différentes traditions juridiques. Par conséquent, dans la mesure où il contient un règlement type, il emploie une terminologie générique neutre qui est cohérente avec celle du *Guide* et peut être facilement adaptée à la tradition et au style de rédaction juridiques de chaque État ainsi qu'aux conventions législatives locales concernant les types de règles qui doivent être incorporées dans la législation principale et celles qui peuvent l'être dans des règlements ou dans des directives ministérielles ou administratives de rang inférieur.

13. Par exemple, le *Guide* utilise le terme "avis" dans le sens d'une communication, afin de désigner non seulement le formulaire (ou l'écran) utilisé pour transmettre des informations au registre (voir le terme "avis" dans l'introduction du *Guide*, section B, recommandations 54, al. b), et 57) mais aussi d'autres types de communication, comme celles effectuées dans le contexte de la réalisation (voir recommandations 149 à 151). Le chapitre IV du *Guide* précise la signification du terme "avis" dans le contexte de l'inscription en se référant: a) aux "informations contenues dans un avis", aux "informations figurant dans un avis "ou à la "teneur de l'avis" (voir recommandations 54, al. d), et 57); et b) au "fichier du registre" au sens d'information contenue dans un avis après que cette information a été acceptée par le registre et saisie dans la base de données du registre accessible au public (voir recommandation 70). Le projet de guide sur le registre utilise ces

termes dans le même sens, en mettant l'accent davantage sur les informations contenues dans les communications sur support papier ou par voie électronique que sur le moyen de communication lui-même.

II. Objet d'un registre des sûretés réelles mobilières

A. Introduction

14. Un registre général des sûretés du type envisagé dans le *Guide* permet l'inscription des informations contenues dans des avis concernant des sûretés présentes ou futures potentielles afin: a) de rendre ces sûretés opposables; b) d'offrir un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription; et c) de constituer une source objective d'information pour les tiers ayant affaire à des biens du constituant (voir la section relative à l'objet des recommandations du chapitre IV du *Guide*).

15. Le terme "inscription d'un avis" décrit une procédure. Généralement, dans un système papier, la procédure se déroule en trois étapes: a) présentation par la personne procédant à l'inscription d'informations consignées dans un avis; b) saisie de ces informations dans le fichier du registre et horodatage de l'avis par le registre; et c) saisie par le registre des informations pertinentes de l'avis dans l'index du registre, étape à partir de laquelle les informations figurant dans l'avis deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche. Dans un système électronique, les trois étapes peuvent se dérouler simultanément au moment où la personne procède à l'inscription. Dans certains États, l'inscription est effective une fois la deuxième étape accomplie, c'est-à-dire lorsque l'avis est soumis au registre et qu'il est reçu par ce dernier. Le *Guide* recommande une approche différente en ce sens qu'il exige que l'information contenue dans un avis soit accessible aux personnes effectuant une recherche dans le registre pour que l'inscription prenne effet (voir recommandation 70).

16. Un registre des sûretés n'est pas construit dans le vide, mais fait partie intégrante du contexte juridique et économique général dans lequel s'inscrit le régime de financement garanti dans un État. Or, il se peut que ceux qui contribuent à la conception et à la mise en place d'un registre des sûretés ainsi que les clients potentiels de ce registre ne soient pas rompus aux complexités des opérations garanties. Par conséquent, le présent chapitre explique brièvement les opérations garanties et la fonction juridique de l'inscription dans un cadre législatif sur les opérations garanties conforme à la loi recommandée par le *Guide*.

B. Fonction d'une sûreté réelle mobilière

17. Bien que la terminologie juridique puisse varier (par exemple "gage", "sûreté réelle", "security interest" ou "hypothèque"), le principe fondamental des sûretés réelles mobilières est essentiellement le même partout. Une sûreté réelle mobilière est un type de droit réel (droit sur la chose, à distinguer du droit de propriété et des droits personnels) conféré à un créancier pour garantir le paiement d'un prêt ou d'une autre obligation (voir le terme "sûreté réelle mobilière" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Une sûreté réelle mobilière réduit le risque de perte découlant d'un

défaut de paiement en autorisant le créancier garanti à faire valoir des droits sur la valeur des biens grevés comme autre moyen de se faire rembourser. Par exemple, si une entreprise ayant contracté un emprunt garanti par une sûreté prise sur son matériel ne rembourse pas cet emprunt, le créancier garanti aura le droit d'obtenir la possession et la disposition de ce matériel pour se rembourser le solde non acquitté. La caractéristique essentielle d'une sûreté réelle mobilière est qu'elle permet généralement au créancier de revendiquer la valeur des biens grevés par préférence aux autres réclamants concurrents. Comme le risque de perte en cas de défaut de remboursement est atténué, le fait qu'une personne (le "constituant"; voir le terme "constituant" dans l'introduction du *Guide*, sect. B) puisse accorder une sûreté améliore l'accès au crédit pour les constituants dont la situation ne leur permettrait pas d'obtenir un financement non garanti ou permet à ces mêmes constituants de bénéficier de conditions de crédit plus favorables (par exemple, le taux d'intérêt peut être plus faible, le montant du crédit plus élevé et la période de remboursement plus longue).

18. Une sûreté réelle mobilière naît d'un contrat (convention constitutive de sûreté) par lequel le constituant accepte que des biens déterminés servent à garantir l'exécution d'une obligation précise. Cette obligation peut dans certains cas être un prêt ou une facilité de crédit, telle que les lignes de crédit généralement proposées par les institutions financières. Dans d'autres cas, il peut s'agir d'un crédit octroyé pour financer l'acquisition de biens meubles corporels par le constituant. Par exemple, un vendeur peut prendre une sûreté sur des biens vendus à crédit ou en conserver la propriété afin de garantir le paiement du prix d'achat (la question du financement des acquisitions est traitée dans le chapitre IX du *Guide*; voir également plus loin les paragraphes 27, 38 et 39).

C. Justifications du crédit garanti

19. Les entreprises commerciales (en particulier les petites et moyennes entreprises) ont généralement besoin d'un financement pour couvrir leurs dépenses de démarrage et d'expansion et acquérir ou produire le matériel, les stocks et les services avec lesquels elles espèrent réaliser des bénéfices. Par conséquent, le crédit est important pour financer le développement d'activités commerciales productives. Les consommateurs peuvent eux aussi avoir besoin d'accéder au crédit pour acquérir des biens tels que des appareils ménagers et des véhicules à moteur. Comme on l'a déjà indiqué, il est probable qu'un créancier qui ne peut se fier qu'à la promesse de remboursement de l'emprunteur n'accordera qu'un crédit d'un montant limité pour une courte durée à un taux d'intérêt élevé, et ce, uniquement si l'emprunteur est réputé solvable. Les sûretés permettent d'obtenir plus facilement des crédits à un coût moins élevé et pour des durées plus longues car elles offrent aux bailleurs de fonds une protection supplémentaire contre le risque de défaut de paiement. De fait, un grand nombre de consommateurs et de petites et moyennes entreprises n'ont pas accès au crédit s'ils ne sont pas en mesure de constituer des sûretés sur leurs biens (voir l'introduction du *Guide*, par. 1 à 11).

D. Sûretés réelles mobilières avec dépossession ou sans dépossession

20. Le gage classique avec dépossession est une forme de sûreté qui est reconnue depuis longtemps par les systèmes juridiques (voir chap. I du *Guide*, par. 51 à 59). L'obligation pour le constituant de remettre la possession physique du bien grevé au créancier garanti donne à ce dernier l'assurance que le constituant n'a pas déjà grevé le bien en faveur d'un autre créancier et lui permet de se protéger contre l'endommagement ou la dépréciation du bien. La dépossession du constituant permet également d'avertir les acheteurs potentiels et d'autres réclamants concurrents que le constituant ne détient plus un droit de propriété non grevé sur le bien.

21. Cependant, les gages avec dépossession ne sont possibles que si le bien peut faire l'objet d'une possession physique, ce qui exclut de nombreux types de biens meubles, notamment les biens futurs (c'est-à-dire les biens acquis par le constituant ou produits après la constitution d'une sûreté; voir chap. I du *Guide*, par. 8), ainsi que les biens meubles incorporels, tels que les créances et les droits de propriété intellectuelle. La remise de la possession peut aller à l'encontre de l'objectif du financement. Une entreprise a besoin de rester en possession de son matériel, de ses stocks et d'autres biens commerciaux pour générer des revenus qui lui permettront de payer l'obligation garantie. De même, le fait de différer la remise de biens corporels dont l'achat a été financé par un crédit garanti priverait les consommateurs de l'utilisation et de la jouissance immédiates de ces biens. Même si la remise de possession est possible, le créancier garanti ne pourra généralement pas ou ne souhaitera pas entreposer, entretenir et assurer des biens volumineux (les avantages et les inconvénients des gages avec dépossession sont examinés aux paragraphes 51 à 59 du chapitre I du *Guide*).

22. Étant donné les limites des sûretés réelles mobilières avec dépossession, les lois modernes sur les opérations garanties permettent généralement de constituer une sûreté sans qu'il soit nécessaire de remettre la possession physique du bien grevé au créancier garanti. Un régime juridique reconnaissant les sûretés réelles mobilières sans dépossession a tendance à accroître l'accès au crédit en élargissant l'éventail des biens qu'une entreprise peut affecter en garantie. Une entreprise peut grever ses biens meubles incorporels en plus de ses biens corporels ainsi que ses biens futurs (en particulier ses créances et ses stocks) en plus de ses biens actuels. C'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (pour ce qui est des biens sur lesquels une sûreté peut être constituée, voir les recommandations 2 et 17; en ce qui concerne en particulier la constitution de sûretés sur l'ensemble des biens d'un constituant, voir les paragraphes 61 à 70 du chapitre II du *Guide*). Les sûretés sans dépossession facilitent également l'accès des consommateurs au crédit car elles permettent à ceux-ci de prendre immédiatement possession de biens financés par un prêt ou une facilité de crédit.

E. Utilisation d'un registre pour parer aux risques juridiques découlant des sûretés réelles mobilières sans dépossession

23. Le concept économique de sûreté réelle mobilière en tant que droit réel repose sur l'idée fondamentale qu'en cas de défaillance du constituant le créancier garanti a le droit de réclamer la valeur du bien grevé par préférence aux droits des réclamants

concurrents (voir les termes “sûreté réelle mobilière”, “réclamant concurrent” et “priorité” dans l’introduction du *Guide*, sect. B). Cependant, la reconnaissance des sûretés réelles mobilières sans dépossession pose des problèmes d’information pour les tiers. Il est important pour les acheteurs ou créanciers garantis potentiels de savoir si les biens qui se trouvent en la possession d’une personne sont grevés d’une sûreté antérieure. Il est tout aussi important pour les créanciers chirographaires et le représentant de l’insolvabilité du constituant de pouvoir déterminer quels sont les biens du constituant qui sont déjà grevés et ne pourraient donc pas être utilisés pour les désintéresser. Face à ces difficultés d’information, les systèmes juridiques peuvent être réticents à autoriser le titulaire d’une sûreté réelle mobilière sans dépossession à faire valoir sa sûreté à l’encontre de réclamants concurrents qui acquièrent un droit sur le bien grevé sans savoir qu’il existe une sûreté antérieure. D’autre part, la valeur d’une sûreté pour un créancier est réduite voire anéantie dans la mesure où des règles protégeant les tiers leur permettent d’acquérir sur les biens grevés des droits libres de toute sûreté antérieure.

24. L’établissement d’un registre des sûretés réelles mobilières permet aux États de résoudre le problème d’“information” que posent les sûretés réelles mobilières sans dépossession de manière à protéger aussi bien les droits des créanciers garantis que ceux des tiers. Si l’inscription est une condition préalable à l’opposabilité d’une sûreté aux réclamants concurrents, les tiers peuvent se protéger en consultant le registre avant de s’intéresser aux biens du constituant. Des règles de priorité fondées sur la date d’inscription garantissent alors aux créanciers garantis que, s’ils ont respecté les délais d’inscription, leurs sûretés seront opposables aux réclamants concurrents ultérieurs. Le cadre législatif recommandé dans le *Guide* pour les opérations garanties prévoit généralement ces règles de priorité temporelle, sous réserve d’un petit nombre d’exceptions seulement.

25. Pour bénéficier de ces avantages, l’établissement d’un registre général des sûretés doit s’inscrire dans un cadre juridique favorable conforme à celui recommandé dans le *Guide*. Plus particulièrement, la loi sur les opérations garanties dans le cadre de laquelle est établi le registre devra intégrer les trois règles de base d’une loi sur les opérations garanties fondée sur un registre du type de celle recommandée dans le *Guide*. Premièrement, l’inscription doit être un mécanisme général permettant d’assurer l’opposabilité d’une sûreté sans dépossession (voir les recommandations 29 et 32). Deuxièmement, en cas de défaillance du constituant, le titulaire d’une sûreté qui est devenue opposable doit avoir le droit, vis-à-vis des réclamants concurrents, de réaliser sa sûreté et d’affecter la valeur du bien grevé au paiement de la fraction non acquittée de l’obligation garantie (voir le terme “priorité” dans l’introduction du *Guide*, sect. B, et les recommandations 142 et 152). Troisièmement, la priorité entre des sûretés sur le même bien rendues opposables par voie d’inscription doit être généralement déterminée par l’ordre d’inscription (voir la recommandation 76, al. a)). Il s’agit là des règles de base, mais une loi moderne sur les opérations garanties du type recommandé dans le *Guide* prévoira inévitablement des exceptions pour favoriser d’autres objectifs de politique générale. La section suivante en offre des exemples types.

F. Exceptions aux règles d'opposabilité et de priorité fondées sur l'inscription

1. Sûretés réelles mobilières avec dépossession

26. Bien que la plupart des opérations garanties impliquent des sûretés réelles mobilières sans dépossession, le gage avec dépossession est encore souvent utilisé pour certains types de biens, comme les biens personnels de luxe non intermédiés, les instruments négociables, les documents négociables et les titres représentés par un certificat. Les États qui ont instauré un système de registre permettent presque toujours de rendre une sûreté sur des biens pouvant faire l'objet d'une possession physique opposable par transfert de la possession effective en lieu et place de l'inscription (il ne s'agit pas là de possession non effective qualifiée de virtuelle, fictive, supposée ou symbolique; voir le terme "possession" dans la section B de l'introduction du *Guide*). C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 37). On considère que la dépossession du constituant est un moyen pratique suffisant de faire savoir aux tiers qu'il est peu probable que le droit de propriété du constituant ne soit pas grevé. Dans le cas où une sûreté avec dépossession entre en concurrence avec une sûreté rendue opposable par inscription, la priorité est habituellement établie en fonction de l'ordre respectif d'inscription ou de transfert de la possession (voir recommandation 76, al. c)). Cependant, pour certains types de biens, comme les instruments négociables, les documents négociables et les titres représentés par un certificat, une sûreté rendue opposable par transfert de possession a priorité même sur une sûreté inscrite antérieurement (voir les recommandations 101 et 109).

2. Financement d'acquisitions

27. La règle du "premier inscrit" signifie qu'une sûreté grevant les biens futurs d'une entreprise (c'est-à-dire des biens acquis ou créés après la constitution de la sûreté) pour laquelle un avis a été inscrit aura la priorité sur des sûretés grevant les mêmes biens (c'est-à-dire les biens entrant dans la description des biens grevés figurant dans le premier avis inscrit) pour lesquelles un avis a été inscrit postérieurement. Cette règle est généralement raisonnable car un créancier garanti ultérieur aurait pu et dû se protéger en consultant le registre avant d'accorder un crédit. Cependant, les lois sur les opérations garanties reconnaissent souvent que cette règle de priorité devrait admettre une exception lorsque le créancier garanti ultérieur finance l'acquisition de biens meubles corporels par le constituant (par exemple, des biens de consommation, du matériel ou des stocks) ou de propriétés intellectuelles. Étant donné que ces nouveaux biens n'auraient pas fait partie des actifs du constituant sans ce nouveau financement, on considère qu'il est juste que la partie qui en finance l'acquisition (le créancier garanti inscrit ultérieurement) ait, en ce qui concerne la valeur de ces biens, la priorité sur le créancier inscrit antérieurement. Donner la priorité aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (y compris les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, dans l'approche unitaire du financement d'acquisitions; voir le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" dans la section B de l'introduction du *Guide*) est aussi dans l'intérêt du constituant qui a ainsi accès à des sources diversifiées de crédit garanti pour financer de nouvelles acquisitions (voir le *Guide*, chap. IX). Afin de préserver son rang de priorité spécial,

le créancier garanti finançant l'acquisition est généralement tenu d'inscrire un avis rapidement après la remise du bien au constituant et peut aussi être tenu d'aviser le créancier garanti antérieurement inscrit lorsque les biens sont des stocks entre les mains du constituant; les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition peuvent cependant bénéficier d'une exception à l'obligation d'inscription. C'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 180). La même approche est aussi recommandée par le *Guide* pour les systèmes qui soumettent le financement d'acquisitions sous la forme de droits de réserve de propriété et de droits de crédit-bail à un traitement différent de celui des sûretés réelles mobilières (voir par. 38 et 39 ci-après).

3. Opérations effectuées dans le cours normal des affaires

28. Dans de nombreux États, un acheteur qui acquiert un bien sans savoir effectivement que celui-ci est grevé d'une sûreté ("acheteur de bonne foi") l'acquiert libre de sûreté. Cette approche dispense l'acheteur potentiel de consulter le registre pour déterminer si une sûreté grève le bien qui l'intéresse et l'encourage même à ne pas le faire. Ce niveau de protection est incompatible avec l'objectif d'un système de registre général visant à faciliter la publicité des sûretés et à établir des règles claires et objectives pour régler les conflits entre les réclamants concurrents. Par conséquent, les régimes sur les opérations garanties qui ont établi un registre général des sûretés permettent généralement au créancier garanti qui a procédé à l'inscription d'un avis concernant sa sûreté de poursuivre le bien entre les mains de l'acheteur, indépendamment du fait que ce dernier ait bien connaissance ou non de la sûreté inscrite. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 79).

29. Cependant, le droit général du créancier garanti de réaliser sa sûreté sur un bien grevé entre les mains d'un acheteur est soumis à une importante restriction. Les lois sur les opérations garanties prévoient presque toujours qu'un acheteur qui acquiert un bien meuble corporel dans le cours normal des affaires du constituant acquiert ce bien libre de toute sûreté, inscrite ou non. C'est également l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 81). L'exception fondée sur le cours normal des affaires protège généralement l'acheteur même s'il connaît effectivement l'existence d'une sûreté rendue opposable par inscription. Ce n'est que lorsqu'il sait également que la vente viole les droits conférés au créancier garanti par la convention constitutive de sûreté que la sûreté grève le droit de propriété de l'acheteur.

30. Cette approche est compatible avec les attentes commerciales raisonnables tant du constituant que du créancier garanti. Il n'est pas réaliste d'attendre des acheteurs traitant avec une entreprise commerciale qui a l'habitude de vendre le type de biens susceptibles de les intéresser, par exemple du matériel informatique, qu'ils vérifient le registre avant de conclure l'opération. En outre, un créancier garanti qui prend une sûreté sur les stocks d'un constituant le fait normalement en sachant que le constituant pourra disposer de ces stocks libres de la sûreté dans le cours normal de ses affaires. En effet, pour que le constituant puisse générer les revenus nécessaires au remboursement du prêt garanti, il faut que la loi garantisse à ses clients qu'ils acquièrent un droit de propriété non grevé sur les stocks qui leur sont vendus.

4. Espèces, instruments négociables et documents négociables

31. Les lois sur les opérations garanties accordent habituellement une protection similaire aux bénéficiaires de transferts et aux créanciers garantis concurrents auxquels des espèces sont versées ou en faveur desquels des documents négociables (tels qu'un connaissement) ou des instruments négociables (tels qu'un chèque) sont négociés. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 101, 102, 108 et 109). On considère ici que le fait de préserver sur le marché le caractère librement négociable de ces types de biens est plus important que le risque de porter atteinte au rang prioritaire du créancier garanti inscrit.

5. Comptes bancaires et valeurs mobilières

32. Pour faciliter les opérations des grandes institutions financières sur les marchés des prêts sur valeurs mobilières, des mises en pension et des produits dérivés, les systèmes juridiques créent parfois des exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés sur les comptes bancaires et sur certains types de valeurs mobilières au moins (il convient cependant de noter que les valeurs mobilières et les droits à paiement qui naissent ou découlent de contrats financiers et d'opérations de change sont exclus du champ d'application du *Guide*; voir la recommandation 4, alinéas c) à e)). Dans ces systèmes, les créanciers garantis ont généralement la possibilité de prendre le "contrôle" du compte bancaire ou des valeurs mobilières au lieu d'inscrire leur sûreté; ces créanciers garantis ayant le "contrôle" ont alors la priorité même sur des sûretés inscrites antérieurement. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (s'agissant des comptes bancaires, voir le terme "contrôle" dans l'introduction du *Guide*, sect. B, et la recommandation 103).

6. Biens soumis à inscription sur un registre spécialisé

33. D'autres exceptions à la règle du "premier inscrit" peuvent s'expliquer par la décision d'un État de conserver des solutions existantes autres que l'inscription au registre général des sûretés qui donnent satisfaction. Certains États, par exemple, ont adopté un système d'annotation des sûretés sur les certificats de propriété de véhicules automobiles. Un État peut accorder la priorité à une sûreté annotée sur un certificat de propriété par rapport à une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et également exiger une annotation sur le certificat de propriété pour que le créancier garanti l'emporte sur le bénéficiaire d'un transfert ultérieur. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 77 et 78).

34. En outre, certains États ont déjà mis en place des registres spécialisés pour inscrire des droits, y compris des sûretés, sur des types spécifiques de biens meubles, notamment des navires, des aéronefs et les propriétés intellectuelles. Dans la mesure où ces registres peuvent avoir des objectifs plus larges que la simple publicité des sûretés sur les biens concernés (par exemple, l'enregistrement de la propriété ou des transferts de propriété), un État peut décider d'accorder la priorité aux sûretés inscrites dans un registre spécialisé par rapport à celles qui sont inscrites dans le registre général, de même qu'il peut exiger l'inscription dans le registre spécialisé pour que le créancier garanti l'emporte sur le bénéficiaire d'un transfert ultérieur. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 77 et 78).

35. Enfin, les États parties à des traités internationaux, tels que la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles, exigent l'inscription dans le registre international des sûretés et d'autres droits grevant les types de biens auxquels ces traités s'appliquent (par exemple, les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux).

7. Autres exceptions

36. La place faite à d'autres exceptions dépend du contexte économique et social particulier de chaque État. Certains États, par exemple, protègent les acheteurs de biens de consommation d'assez faible valeur, que ceux-ci aient ou non été achetés dans le cours normal des affaires du vendeur. On considère dans ces États qu'il n'est pas réaliste de s'attendre que ces personnes consultent un registre avant d'effectuer l'opération.

G. Portée opérationnelle du registre

1. Approche générale: primauté du fond sur la forme

37. Sous réserve des exceptions précédentes, un régime efficace sur les opérations garanties se fondant sur un registre devrait avoir une portée étendue et couvrir toutes les opérations qui sur le fond remplissent une fonction de sûreté, quels que soient la forme de l'opération, le type de bien grevé, la nature de l'obligation garantie ou le statut des parties. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir la recommandation 2). Ainsi par exemple, si un débiteur transfère la propriété d'un bien à un créancier dans le cadre d'une "vente" mais reste en possession dudit bien étant entendu qu'il pourra en recouvrer la propriété en s'acquittant de l'obligation dont il est redevable, la vente devrait, en principe, être régie par les mêmes règles d'inscription et de priorité que celles qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières à proprement parler. Cette approche est nécessaire pour éviter de compromettre les avantages en matière de réduction des risques et de détermination efficace de l'ordre de priorité que présente l'établissement d'un registre général des sûretés.

2. Mécanismes de sûreté fondés sur la réserve de propriété

38. Dans certains États, les opérations dans le cadre desquelles le créancier reste propriétaire d'un bien afin de garantir le paiement de son prix d'achat par le débiteur bénéficient du même traitement que les opérations garanties aux seules fins de la loi sur les opérations garanties et les droits de réserve de propriété ou de crédit-bail sont englobés dans la notion de "sûreté réelle mobilière" et intégrés dans le champ d'application du registre général des sûretés. C'est l'approche unitaire du financement d'acquisitions recommandée dans le *Guide* (recommandation 178). Dans d'autres États, les mécanismes de réserve de propriété sont considérés comme conceptuellement différents des sûretés grevant des biens dont le constituant est déjà propriétaire. Toutefois, même dans ces États, on reconnaît généralement que de tels mécanismes posent les mêmes problèmes de publicité que les sûretés réelles mobilières traditionnelles. Sans obligation d'inscription, un tiers n'aurait aucun moyen de vérifier objectivement si des biens se trouvant en la possession d'une personne ne sont pas en fait la propriété d'un vendeur ou d'un bailleur. Par

conséquent, ces États incluent aussi souvent les mécanismes de réserve de propriété dans le registre général des sûretés tout en leur conservant une terminologie différente. C'est l'approche non unitaire recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 187). L'approche unitaire comme l'approche non unitaire du financement d'acquisitions recommandées dans le *Guide* suivent le principe de "primauté du fond sur la forme".

39. La sûreté prise par le vendeur ou le bailleur en garantie du paiement de l'acquisition permet de protéger les droits qu'il détient sur le bien des effets d'une sûreté antérieurement inscrite qui a été accordée par l'acheteur ou le preneur à bail sur des biens futurs du même type. Dans les systèmes qui adoptent l'approche unitaire du financement d'acquisitions recommandée dans le *Guide*, le vendeur ou le bailleur est en droit de reprendre possession du bien en cas de défaillance de l'acheteur ou du preneur et d'affecter le produit de la disposition du bien au règlement de l'obligation garantie (le prix d'achat) par préférence à tout créancier garanti détenant une sûreté non liée à l'acquisition ou à tout autre créancier. Dans les systèmes qui adoptent l'approche non unitaire décrite dans le *Guide*, le vendeur ou le bailleur peut en cas de défaillance de l'acheteur ou du preneur reprendre possession du bien libre de tout droit revendiqué par le créancier garanti inscrit antérieurement. Ce résultat est approprié pour les mêmes raisons qui justifient une exception à la règle du "premier inscrit" pour les titulaires de sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandation 180 et par. 25 ci-dessus). Premièrement, le constituant a acquis le bien grâce au crédit accordé par le vendeur ou le bailleur, et non grâce au crédit accordé par le créancier garanti inscrit antérieurement. Deuxièmement, donner la priorité à une sûreté inscrite antérieurement découragerait l'accès au financement des ventes et des locations. Un régime sur les opérations garanties protège donc généralement le vendeur ou le bailleur des réclamants concurrents à condition qu'un avis ait été inscrit dans les délais (voir les recommandations 192 à 194).

3. Cessions pures et simples de créances

40. Une cession pure et simple de créance crée les mêmes problèmes d'information pour les tiers que les sûretés réelles mobilières sans dépossession. Un créancier garanti ou un cessionnaire potentiels n'ont aucun moyen efficace de vérifier si les créances dues à une entreprise n'ont pas déjà été cédées. Si la possibilité de s'informer au sujet du débiteur des créances existe, dans la pratique cela n'est pas réalisable lorsque l'opération couvre des créances présentes et futures. Pour remédier au problème, les lois sur les opérations garanties étendent souvent les règles d'inscription régissant les sûretés réelles mobilières sans dépossession aux cessions pures et simples de créances, la priorité entre les créanciers garantis ou cessionnaires successifs des mêmes créances étant déterminée par l'ordre d'inscription. D'autres types de transfert pur et simple, comme les ventes ordinaires, ne sont pas soumis à inscription au motif que, contrairement aux cessions pures et simples de créances, ils ne jouent aucun rôle de financement.

41. Le fait d'inclure les cessions pures et simples de créances dans le champ du registre ne signifie pas que ces opérations sont requalifiées en opérations garanties. Cela permet seulement que le cessionnaire soit soumis aux mêmes règles de constitution, d'opposabilité et de priorité (mais généralement pas de réalisation) que le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur les créances. Cela signifie également

que le cessionnaire a les mêmes droits et obligations qu'un créancier garanti vis-à-vis du débiteur de la créance. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir chap. I, par. 25 à 31, et recommandations 3 et 167).

4. Autres types d'opérations

a) Baux véritables et dépôts-ventes

42. Les véritables baux de longue durée et le dépôt-vente de biens meubles ne permettent pas de garantir le paiement du prix d'acquisition des biens. Cependant, ils créent des problèmes de publicité analogues pour les tiers car ils impliquent nécessairement une dissociation entre un droit réel (la propriété du bailleur ou du déposant) et la possession effective (par le preneur ou le dépositaire). Pour remédier au problème, certains États élargissent à ces types d'opérations le champ d'application du régime d'inscription et de priorité applicable aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et aux mécanismes de réserve de propriété. Cette approche permet également au bailleur ou au déposant de procéder à une inscription pour se protéger contre le risque de voir un tribunal décider qu'une opération s'apparentant à un véritable bail ou dépôt-vente est en réalité une opération garantie et, partant, n'est pas opposable en l'absence d'inscription d'un avis y afférent. Cette approche n'est toutefois pas recommandée dans le *Guide*.

b) Droits découlant de la loi

43. Un registre des sûretés réelles mobilières a pour vocation première de recevoir l'inscription d'une sûreté réelle mobilière créée par accord entre les parties. Dans certains États cependant, un droit créé par l'effet de la loi qui serait potentiellement équivalent à une sûreté ou conférerait une protection équivalente peut également faire l'objet d'une inscription. De tels droits comprennent par exemple les droits de l'État sur les biens d'un contribuable au titre du non-paiement d'impôts (voir le *Guide*, chap. V, par. 90 à 109). Dans ces États, les règles d'inscription et de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de préférence créés par l'effet de la loi.

44. Cette approche n'est toutefois pas recommandée dans le *Guide*, qui considère les droits légaux comme des privilèges dont le type et le montant devraient être limités (voir recommandation 83). En conséquence, un créancier titulaire d'un tel droit n'a pas besoin de procéder à une inscription, la règle du premier inscrit ne s'applique pas et les tiers devraient être conscients de ce risque et faire les recherches correspondantes.

H. Portée territoriale du registre

45. Les utilisateurs d'un registre ont besoin d'indications claires quant au lieu où une sûreté doit être inscrite lorsque l'opération implique des parties et des biens situés dans différents États. En général, ces indications sont données par les règles de conflit de lois de l'État qui déterminent la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté. Selon l'approche adoptée par les régimes modernes de conflit de lois comme celui recommandé dans le *Guide*, la loi applicable dépend de la nature des biens. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles corporels, c'est la loi du lieu où est situé le bien grevé qui

s'applique (voir la recommandation 203). Si les biens grevés sont situés dans plusieurs États, la loi de chacun de ces États s'applique. Si ces États disposent de registres, plusieurs inscriptions seront nécessaires. S'agissant des sûretés grevant des biens meubles incorporels ainsi que certains types de biens meubles corporels mobiles habituellement utilisés dans plusieurs États, c'est la loi de l'État dans lequel est situé le constituant qui s'applique (voir les recommandations 204 et 208).

46. Cependant, des règles de conflit de lois différentes s'appliquent aux sûretés sur certains types de biens, comme les créances nées d'une opération concernant un bien immeuble, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit d'engagements de garantie indépendants, les droits de propriété intellectuelle et le produit (voir recommandations 209 à 215 et 248). Ainsi, lorsque le bien grevé est une propriété intellectuelle, la loi applicable est en premier lieu la loi de l'État dans lequel la propriété intellectuelle est protégée, même s'il est également possible qu'une sûreté soit constituée et rendue opposable au représentant de l'insolvabilité du constituant et à ses créanciers judiciaires, et soit réalisée uniquement, conformément à la loi de l'État dans lequel le constituant est situé (voir la recommandation 248 dans le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles*).

I. Effet de la connaissance effective ou supposée d'une sûreté non inscrite sur l'opposabilité et la priorité

47. Dans les États qui n'ont pas de registre général des sûretés, la loi prévoit fréquemment qu'un tiers qui acquiert un bien grevé sans connaissance effective ou supposée du fait qu'il est grevé prend ce bien libre de la sûreté. Dans les États qui ont créé un registre général du type de celui envisagé dans le *Guide*, la connaissance effective ou supposée de l'existence d'une sûreté ne remplace pas l'inscription et le fait d'acquérir un bien que l'on sait grevé d'une sûreté non inscrite ne constitue pas un acte de mauvaise foi. Cette approche permet aux tiers de se fier entièrement au système de registre pour déterminer s'ils sont liés ou non par une sûreté que le constituant aurait créée sur ses biens. Elle n'est pas injuste envers les créanciers garantis car ceux-ci auraient pu se protéger en prenant une inscription en temps voulu.

J. Inscription et insolvabilité

48. Les lois modernes sur les opérations garanties et l'insolvabilité font généralement de l'inscription une condition de l'opposabilité d'une sûreté aux créanciers judiciaires chirographaires et au représentant de l'insolvabilité du constituant. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir les recommandations 238 et 239) conformément au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*. S'il ne prend pas du tout d'inscription ou d'autre disposition pour rendre sa sûreté opposable ou s'il ne le fait pas dans les délais, le créancier garanti est relégué au rang de créancier chirographaire par rapport aux réclamants concurrents, y compris les créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant.

49. Cette règle:

a) Encourage les créanciers garantis à prendre rapidement une inscription;

b) Permet au représentant de l'insolvabilité du constituant de déterminer efficacement quels biens du constituant sont grevés;

c) Permet aux créanciers judiciaires de déterminer à tout moment dans quelle mesure les biens du constituant sont grevés, et de décider ainsi du bien-fondé d'engager une procédure pour faire exécuter le jugement; et

d) Permet à des créanciers potentiels de déterminer à tout moment le montant possible du passif garanti de leurs débiteurs potentiels, ce qui peut les aider à évaluer la solvabilité de ceux-ci.

50. Toutefois, une inscription prise en temps voulu ne met pas un créancier garanti à l'abri des contestations fondées sur les principes généraux du droit de l'insolvabilité, comme les règles ayant pour effet d'annuler les transferts préférentiels ou frauduleux et les règles qui accordent la priorité à certaines catégories protégées de créanciers (voir chap. XII et recommandation 239 du *Guide*; voir également les recommandations 88 et 188 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*).

51. En outre, les lois modernes sur les opérations garanties et l'insolvabilité permettent généralement au créancier garanti de prendre des dispositions pour conserver, préserver ou maintenir l'opposabilité de la sûreté même après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir recommandation 238). Par conséquent, le créancier garanti devrait être en mesure de prolonger les effets de l'inscription qui, sinon, expirerait durant la procédure d'insolvabilité en procédant à l'inscription d'un avis de modification.

52. Enfin, les lois modernes sur l'insolvabilité autorisent habituellement le constituant insolvable à constituer une sûreté afin d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir recommandation 65 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*). Un tel financement n'est pas prioritaire sur le ou les créanciers garantis existants sauf accord de ces derniers ou autorisation du tribunal assortie de dispositions assurant une protection suffisante au créancier garanti. Lorsque le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est accordé, l'avis d'inscription doit identifier le constituant de manière appropriée en fonction de la nature de la personne insolvable (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 23).

K. Inscription et constitution d'une sûreté réelle mobilière

53. Dans le régime sur les opérations garanties recommandé par le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté (voir la recommandation 33). En fait, la sûreté prend effet et acquiert force obligatoire entre le constituant et le créancier garanti dès la conclusion d'une convention constitutive répondant aux exigences de forme minimales, par exemple la forme écrite et la preuve du consentement du constituant à grever ses biens (voir les recommandations 13 à 15). L'inscription est simplement une condition préalable à l'opposabilité de la sûreté. En outre, comme expliqué en détail ci-dessous, l'inscription ne porte pas sur la

convention constitutive de sûreté elle-même mais sur les informations de base figurant dans un avis concernant l'existence possible d'une sûreté (voir la recommandation 32 et les paragraphes 65 à 69 ci-après). Ce n'est pas l'inscription qui prouve que la sûreté à laquelle elle fait référence existe bien mais la convention constitutive de sûreté, qui elle ne figure pas dans le registre. L'inscription sert simplement à informer les tiers qui procèdent à des recherches de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens décrits.

L. Inscription et réalisation

54. Certains régimes juridiques exigent que les créanciers garantis inscrivent un avis lorsqu'ils engagent une action en réalisation. Dans ces régimes, le registre est généralement tenu de notifier l'action en réalisation aux créanciers garantis inscrits antérieurement qui sont titulaires d'une sûreté sur le même bien. Le *Guide* ne recommande pas d'imposer au créancier garanti l'obligation de procéder à l'inscription d'un avis concernant l'action en réalisation qu'il a engagée. Il recommande une approche différente qui consiste à exiger du créancier garanti à l'origine de l'action en réalisation qu'il effectue une recherche dans le registre et qu'il notifie aux tiers concernés (y compris les réclamants concurrents) le moyen de réalisation qu'il compte utiliser (voir la recommandation 151 du *Guide*).

M. Conséquences du défaut d'inscription

55. Le *Guide* n'exige pas du créancier garanti qu'il procède à l'inscription d'un avis de sûreté et, par conséquent, ne recommande pas d'imposer des sanctions pécuniaires ou administratives ou d'autre nature aux créanciers garantis en cas de défaut d'inscription de leur part. La seule conséquence négative du défaut d'inscription est que la sûreté ne sera pas opposable à certains tiers comme cela est expliqué dans le *Guide*.

N. Coordination entre le registre des sûretés et les registres spécialisés de biens meubles

56. Lorsqu'il existe des registres spécialisés qui permettent l'inscription de sûretés sur des biens meubles aux fins d'opposabilité (comme c'est le cas des registres internationaux prévus par la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses Protocoles), les régimes modernes sur les opérations garanties et les registres traitent des questions liées à la coordination des inscriptions dans les deux types de registres. Le *Guide* et le *Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles* traitent de manière assez détaillée de la coordination entre les registres (voir les chap. III, par. 75 à 82, et IV, par. 117 du *Guide*; voir également les paragraphes 135 à 140 du *A/CN.9/WG.VI/WP.44/Add.2*).

57. Par exemple, le *Guide* prévoit qu'une sûreté sur un bien soumis à inscription dans un registre spécialisé puisse être rendue opposable par inscription dans le registre général des sûretés ou dans le registre spécialisé et traite la question de la coordination entre les deux types de registre par le biais de règles de priorité

appropriées, en donnant la priorité à une sûreté pour laquelle un avis est inscrit dans le registre spécialisé sur une sûreté grevant le même bien pour laquelle un avis est inscrit dans le registre général des sûretés (voir recommandations 43 et 77, al. a)).

58. Le *Guide* évoque également d'autres outils de coordination entre registres, parmi lesquels la transmission automatique des informations d'un registre à l'autre et la mise en place de portails communs permettant d'accéder aux divers registres. Cette approche soulève des difficultés pour ce qui concerne la conception du registre général des sûretés qui utilise un système d'indexation par constituant alors qu'à l'inverse, le registre spécialisé utilise un système d'enregistrement par bien (voir chap. III, par. 77 à 81, du *Guide*; voir aussi par. 70 à 72 ci-après).

O. Coordination entre le registre des sûretés et les registres immobiliers

59. Des registres immobiliers existent dans la plupart des États, voire dans tous. Dans la plupart des États, le registre général des sûretés est distinct du registre immobilier, en raison des différences dans les critères de description du bien grevé et les méthodes d'indexation (pour plus de détails voir par. 70 à 72 ci-après) et des effets juridiques de l'inscription à l'égard des tiers.

60. Cependant, un État utilisant un registre général des sûretés devra donner des orientations permettant de savoir où les sûretés sur des biens attachés à des immeubles devraient être inscrites. Les régimes modernes sur les opérations garanties conformes aux recommandations du *Guide* prévoient que ces inscriptions peuvent être réalisées soit dans le registre général des sûretés soit dans le registre immobilier (voir la recommandation 43). Le choix entre les deux types d'inscription a des conséquences du point de vue de la priorité. Le *Guide* recommande qu'un droit réel inscrit dans le registre immobilier soit prioritaire sur une sûreté pour laquelle un avis n'a été inscrit que dans le registre des sûretés (voir recommandation 87). Il recommande également que la sûreté ne puisse être opposée à un acheteur ou un autre tiers qui acquiert un droit sur le bien immeuble sauf si cette sûreté a fait l'objet d'une inscription dans le registre immobilier préalablement à la vente (voir recommandation 88).

61. Il convient également de noter que les critères de description du bien grevé applicables aux avis concernant des sûretés sur des biens attachés à des immeubles peuvent différer selon que l'avis est inscrit dans le registre général des sûretés ou dans le registre immobilier. Le *Guide* exige qu'un bien attaché à un immeuble soit décrit de façon à être suffisamment identifiable (voir recommandation 57, al. b)). Une description du bien meuble corporel qui est ou sera attaché sans description du bien immeuble est suffisante pour permettre l'indexation de l'avis dans le registre général des sûretés. À l'opposé, l'indexation d'un tel avis dans le registre immobilier nécessitera généralement que le bien immeuble auquel le bien corporel est ou sera attaché soit décrit de manière suffisante et conforme du droit immobilier. Cette description doit être suffisante pour permettre l'indexation de l'avis dans le registre immobilier.

III. Principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace

A. Introduction

62. La plupart des États ont établi des registres de la propriété et des droits sur la propriété pour les opérations portant sur des biens immeubles et certains types de biens meubles de grande valeur, comme les navires et les aéronefs. Pour qu'un registre des sûretés efficace soit mis en place, il est indispensable que ses caractéristiques très différentes soient bien comprises par les personnes chargées de le concevoir et de l'exploiter et par ses clients potentiels. Le présent chapitre explique par conséquent quelles sont les principales caractéristiques d'un registre des sûretés efficace (les règles juridiques et les considérations conceptuelles nécessaires à la mise en œuvre de ces caractéristiques sont traitées en détail dans les chapitres suivants).

B. Déterminer la propriété des biens grevés

63. Un registre de la propriété, comme ceux utilisés traditionnellement pour les biens immeubles, les navires ou les aéronefs, a pour objet de faire connaître le propriétaire actuel d'un bien donné ainsi que les droits qui pourraient grever la propriété. Toutefois, il ne serait pas possible d'un point de vue administratif ni rationnel d'un point de vue économique d'essayer de créer un registre de la propriété fiable pour la quantité considérable de biens meubles corporels et incorporels fréquemment grevés de sûretés. Par conséquent, un registre général des sûretés portant sur des biens meubles du type de celui qui est envisagé dans le *Guide* ne consigne ni la propriété ni le transfert de la propriété du bien grevé décrit, ni ne garantit que la personne désignée comme le constituant en soit le véritable propriétaire. Il ne fait que consigner l'existence potentielle de sûretés sur tout droit réel que le constituant a ou pourrait acquérir sur les biens décrits dans l'inscription en conséquence d'opérations ou d'événements qui ne figurent pas au registre.

64. Comme on l'a expliqué précédemment, le *Guide* recommande que la réserve de propriété dans le cadre d'un contrat de vente ou de crédit-bail soit soumise au régime de l'inscription au registre général des sûretés, y compris dans les États qui ne considèrent pas ce type d'opérations comme constituant une sûreté réelle mobilière (voir par. 38 et 39 plus haut). De même, il recommande que le droit de propriété acquis par un cessionnaire dans le cadre d'une cession pure et simple de créance soit soumis à ce même régime (voir par. 40 et 41 plus haut). Comme on l'a déjà noté également (voir par. 42 plus haut), bien que cette approche ne soit pas recommandée dans le *Guide*, certains États élargissent la portée du régime d'inscription dans le registre général des sûretés aux véritables baux de longue durée et aux dépôts-ventes. En outre, dans certains États qui n'ont pas élargi le champ d'application de leurs régimes sur les sûretés réelles mobilières aux baux véritables et aux dépôts-ventes, il est possible d'inscrire ces opérations par précaution pour se prémunir contre le risque de voir un tribunal décider que ce qui semblait être un bail véritable ou un dépôt-vente était en réalité une opération garantie (voir par. 42 plus haut). Dans ces types d'opération, l'inscription ne mentionne pas une sûreté, mais le droit de propriété du cessionnaire, du vendeur

réservataire, du bailleur ou du déposant. Cependant, même dans ces cas, l'inscription n'établit ni ne prouve la propriété; elle indique seulement que le cessionnaire, le vendeur réservataire, le bailleur ou le déposant sont susceptibles de détenir un droit de propriété sur les biens décrits. La question de savoir si ces parties sont ou non titulaires d'un droit de propriété dépend des preuves non enregistrées des opérations ou des événements au titre desquels elles font valoir ce droit.

C. Inscription d'avis ou inscription de documents

65. Les systèmes d'enregistrement de la propriété et des droits grevant la propriété d'une parcelle de terrain ou d'un bien meuble spécifique, comme un navire, exigent généralement que les personnes procédant à l'inscription déposent ou produisent les documents sous-jacents pour qu'ils soient examinés. En effet, l'inscription est généralement considérée comme constituant une preuve, ou du moins une présomption, de la propriété et de tout droit réel sur la propriété.

66. Dans certains États, les registres des sûretés requièrent encore la présentation des documents relatifs à la sûreté. Cependant, conformément aux régimes modernes sur les opérations garanties, le *Guide* recommande l'inscription d'avis (voir recommandations 54, al. b), et 57). Avec un système d'inscription d'avis, les documents relatifs à la sûreté n'ont pas besoin d'être inscrits ni même présentés au personnel du registre pour examen. Il suffit d'inscrire les informations de base nécessaires pour informer une personne effectuant une recherche que le bien décrit dans l'avis peut être grevé d'une sûreté. Il s'ensuit que l'inscription ne signifie pas que la sûreté à laquelle elle fait référence existe nécessairement mais qu'une telle sûreté pourrait exister au moment de l'inscription ou ultérieurement.

67. Le *Guide* recommande l'inscription d'avis plutôt que l'inscription de documents au motif que dans l'inscription d'avis, la quantité d'informations à transmettre au registre est significativement moindre, ce qui:

a) Réduit le coût des opérations tant pour les personnes procédant à l'inscription (qui n'auraient pas besoin d'inscrire tous les documents relatifs à la sûreté) que pour les tiers effectuant une recherche (qui n'auraient pas besoin de lire attentivement la documentation volumineuse susceptible d'être inscrite ou d'engager des prestataires de services spécialisés pour qu'ils évaluent les biens du constituant figurant sur le registre public);

b) Réduit les tâches administratives et d'archivage du personnel chargé d'exploiter le système de registre;

c) Réduit le risque d'erreur d'inscription (car moins on doit communiquer d'informations, moins on risque de commettre des erreurs); et

d) Améliore la confidentialité et la protection de la vie privée pour les créanciers garantis et les constituants.

68. Comme indiqué précédemment, dans un système d'inscription d'avis tel que celui qui est recommandé par le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté; elle rend simplement la sûreté opposable si celle-ci existe au moment de l'inscription ou si, dans le cas d'une inscription anticipée, elle voit le jour

ultérieurement (voir les recommandations 32, 33 et 67). En outre, si une autorisation par écrit (y compris une communication électronique; voir les recommandations 111 et 12) est exigée du constituant pour que l'avis produise effet, une autorisation donnée dans la convention constitutive de sûreté est suffisante et peut même être donnée après l'inscription (voir les recommandations 55, al. d), et 71 ainsi que le chapitre IV, section B, du document A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1). Afin de protéger le constituant contre des inscriptions non autorisées qui ne confèrent aucun droit au créancier garanti non autorisé mais pourraient empêcher le constituant d'utiliser ses biens pour obtenir un crédit, le constituant est en droit de demander la radiation ou la modification d'une inscription par le biais d'une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir les recommandations 55, al. c), et 72, al. b), ainsi que le chapitre IV, section H, du document A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1). Les sanctions supplémentaires que chaque État pourra adopter pour protéger les constituants contre des inscriptions non autorisées dépendront de son estimation de l'étendue du risque d'inscription non autorisée ou frauduleuse par rapport aux coûts qu'entraînerait l'application de mesures de cette nature (voir le chapitre IV du *Guide*, par. 20).

69. Dans un système d'inscription d'avis tel que celui recommandé dans le *Guide*, le registre n'a pour rôle que de stocker les informations reçues, dont l'effet juridique est déterminé par les règles matérielles du régime sur les opérations garanties. Par conséquent, les informations présentées par les personnes procédant à l'inscription ne font pas l'objet d'une vérification ou de modifications de fond par les personnes chargées d'administrer le registre. De même, comme cela est expliqué plus bas, toute modification que l'auteur d'une inscription souhaiterait apporter dans le registre est présentée séparément et n'a pas pour effet de supprimer les informations enregistrées précédemment. En d'autres termes, la modification ne consiste pas à supprimer les informations inscrites et à les remplacer par de nouvelles mais à procéder à un ajout aux informations initiales de sorte qu'une personne effectuant une recherche puisse trouver et examiner aussi bien les informations inscrites initialement que les nouvelles informations inscrites ultérieurement. Ni les personnes procédant à l'inscription ni le personnel du registre ne peuvent remplacer les informations inscrites et les systèmes de registre devraient être conçus en conséquence. Dans un registre général des sûretés, contrairement aux registres classiques, il n'existe aucun moyen d'éditer une inscription à partir du moment où elle est réalisée et toute modification doit être effectuée au moyen d'avis ajoutés ultérieurement (voir recommandation 72).

D. Indexation par constituant ou indexation par bien

70. Les biens immeubles ont habituellement un identifiant géographique suffisamment unique pour permettre d'indexer et de rechercher les inscriptions par bien. À l'opposé, la plupart des biens meubles n'ont pas d'identifiant objectif suffisamment précis ou unique pour permettre une indexation par bien. En outre, une loi moderne sur les opérations garanties doit donner la possibilité de constituer des sûretés opposables sur une masse de biens présents et futurs, comme le matériel, les stocks et les créances du constituant; le fait d'exiger une description spécifique de chaque bien rendrait le processus d'inscription trop lourd et sujet à des erreurs de description.

71. Pour ces raisons, les informations figurant sur les avis inscrits dans un registre des sûretés tel que celui recommandé dans le *Guide* sont indexées par référence à l'élément identifiant le constituant (son nom ou un autre élément d'identification tel qu'un numéro délivré par l'État) et non par référence au bien (voir chap. IV, par. 31 à 33 et 70, et chap. IV, sect. K, du *Guide*). L'indexation par constituant facilite considérablement le processus d'inscription. Les créanciers garantis peuvent inscrire une sûreté sur l'ensemble des biens meubles présents et futurs d'un constituant, ou des catégories génériques de biens, en procédant à une seule inscription. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 57, al. a)).

72. Certains systèmes d'inscription des sûretés prévoient une inscription et une indexation supplémentaires par bien pour certains types de biens de grande valeur pour lesquels il existe des identifiants alphanumériques fiables ainsi qu'un marché de revente important (par exemple, véhicules automobiles, remorques, autocaravanes, cellules et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux). Cette approche, bien que non recommandée dans le *Guide*, y est traitée de manière argumentée (voir chap. IV, par. 34 à 36). Elle fait également l'objet de développements au chapitre IV plus bas.

A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche 1-61

A. Introduction 1

B. Autorisation du constituant pour procéder à l'inscription 2-8

C. Inscription anticipée 9-10

D. Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés 11-12

E. Informations minimales pour effectuer l'inscription 13-61

1. Informations concernant le constituant 13-33

2. Informations concernant le créancier garanti et incidences des erreurs . . 34-36

3. Description des biens grevés 37-52

4. Durée de l'inscription 53-55

5. Montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée 56-61

IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche

A. Introduction

1. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, un État qui met en place un registre des sûretés devra appliquer un ensemble de règles régissant le processus d'inscription et de recherche. Le présent chapitre a pour objectif de recenser les questions que ces règles doivent aborder et fournir des lignes directrices pour leur traitement correspondant aux recommandations énoncées dans le *Guide* (plus particulièrement au chapitre IV).

B. Autorisation du constituant pour procéder à l'inscription

2. Comme indiqué précédemment (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 25), selon la loi recommandée dans le *Guide*, l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés est l'un des moyens pour rendre les sûretés opposables, et la priorité entre sûretés rendues opposables par une telle inscription est déterminée en fonction de la

date d'inscription (voir les recommandations 32 et 76). Étant donné que l'inscription, ou son absence, a des conséquences pour l'opposabilité et la priorité d'une sûreté, le créancier garanti a le droit de procéder à l'inscription de sa sûreté, soit directement soit par l'entremise d'un représentant tel qu'un cabinet d'avocats ou un autre prestataire de services, à condition que les dispositions nécessaires pour accéder aux services d'inscription aient été prises auprès du registre (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 49 à 52).

3. Selon l'approche recommandée dans le *Guide*, l'inscription d'un avis concernant une sûreté doit être autorisée par le constituant avant ou après l'inscription. Cette exigence peut être remplie non seulement par voie d'autorisation expresse donnée par le constituant au créancier garanti mais également par une convention constitutive écrite qui n'est pas inscrite dans le registre (voir la recommandation 71).

4. En revanche, certains systèmes de registre exigent que l'accord du constituant soit attesté directement dans le fichier du registre. Cette exigence accroît le coût et la durée du processus d'inscription puisque, pour être d'une quelconque utilité, il faudrait que le personnel du registre vérifie de façon fiable que la personne donnant son accord est bien le constituant désigné dans l'inscription. Elle accroîtrait en outre la complexité de la mise en place d'un système de registre autorisant la saisie électronique directe des informations en lieu et place du dépôt d'un formulaire sur papier (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 44 à 46).

5. Les systèmes juridiques qui exigent que l'autorisation du constituant apparaisse dans le fichier du registre sont peut-être influencés par une analogie inappropriée avec les registres de la propriété. Dans un registre de la propriété, une telle exigence se justifie dans la mesure où le véritable propriétaire peut perdre ses droits si un transfert non autorisé est inscrit dans le fichier et la personne désignée comme le nouveau propriétaire entreprend ensuite de disposer du bien. Toutefois, dans un registre des sûretés tel que celui recommandé dans le *Guide*, l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté ni ne prouve son existence réelle; elle a seulement pour effet de signaler l'existence possible d'une sûreté grevant les biens décrits (voir recommandations 32 et 33). Elle n'est préjudiciable à la personne qui y est désignée comme le constituant que dans la mesure où elle peut limiter sa capacité d'effectuer librement des opérations sur ces biens tant qu'elle n'a pas été radiée.

6. Comme indiqué précédemment (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 68), le risque d'inscriptions non autorisées peut être traité de façon plus efficace en permettant au constituant identifié dans une inscription non autorisée de faire imposer rapidement et à peu de frais la radiation ou la modification de cette inscription par le biais d'une procédure judiciaire ou administrative simplifiée. Cette approche est celle qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 54, alinéa d), et 72, ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 20). Pour faciliter l'exercice de ce droit du constituant, la personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre au constituant une copie de l'avis initial ou de tout avis de modification subséquent (voir recommandation 55, alinéa c)). Dans le cadre d'un système électronique, le registre peut être conçu de façon à transmettre cette copie automatiquement (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 36 à 38).

7. Afin de renforcer la protection contre les inscriptions non autorisées, on peut, à titre de condition préalable au dépôt d'une inscription, exiger de la personne souhaitant procéder à l'inscription qu'elle établisse son identité par un moyen quelconque (voir recommandation 55, alinéa b)). L'identité de la personne procédant à l'inscription est donc ainsi consignée dans le système (voir par. 34 à 36 ci-dessous). Le fait d'exiger de la personne procédant à l'inscription qu'elle établisse son identité ne porte pas atteinte à l'efficacité du processus d'inscription tant que le conservateur du registre n'est pas tenu de vérifier cette identité (voir recommandation 54, alinéa d)). Contrairement au constituant, il est probable que la personne procédant à l'inscription utilisera fréquemment le registre. Par conséquent, elle ne devra établir son identité que lors de sa première demande d'accès au registre. Une fois qu'elle aura obtenu l'accès lui permettant de présenter des informations sous forme d'avis, les inscriptions suivantes pourront être effectuées sans qu'elle n'ait à établir son identité à chaque fois.

8. Afin de réduire le nombre d'inscriptions non autorisées, on peut également tenir la personne procédant à une telle inscription responsable des préjudices subis par le constituant identifié dans l'inscription, et lui imposer des sanctions pénales ou pécuniaires s'il est établi qu'elle a procédé à l'inscription de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire au constituant.

C. Inscription anticipée

9. Comme expliqué précédemment (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 65 à 69), dans le système d'inscription d'avis recommandé dans le *Guide*, la personne procédant à l'inscription n'inscrit pas les documents afférant à la sûreté eux-mêmes. Seules sont inscrites les informations de base qui figurent sur l'avis conformément aux exigences de la loi et qui sont nécessaires pour informer un tiers effectuant une recherche que les biens décrits peuvent être grevés par une sûreté. Cette approche permet aux personnes procédant à l'inscription d'inscrire la sûreté avant même la conclusion d'une convention constitutive de sûreté entre le constituant et le créancier ou avant la constitution de la sûreté visée par l'inscription. Le *Guide* recommande que l'inscription anticipée soit expressément autorisée par la loi (voir recommandation 67). Par conséquent, l'inscription anticipée dûment autorisée par le constituant ne peut, ultérieurement, être dénoncée comme sans effet au motif qu'elle a eu lieu avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou la constitution de la sûreté. L'inscription anticipée permet en outre à un possible créancier garanti (dûment autorisé par le constituant) d'établir son rang à l'égard de créanciers garantis qui procèdent à l'inscription de leur sécurité ou la rendent opposable par d'autres moyens ultérieurement. Cette possibilité élimine le temps d'attente qui serait nécessaire pour octroyer le crédit au constituant s'il ne pouvait être procédé à l'inscription qu'après la conclusion de la convention constitutive de sûreté. L'inscription en elle-même ne garantit cependant pas au créancier garanti que son rang sera nécessairement plus élevé que celui d'autres catégories de réclamants concurrents. Tel qu'expliqué dans le chapitre II (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 53), l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté ni ne prouve sa création. Par conséquent, jusqu'à ce que la convention constitutive de sûreté soit effectivement conclue et qu'il soit satisfait aux autres exigences pour la constitution d'une sûreté opposable, le créancier garanti peut se

voir primer par un réclamant concurrent, par exemple un acheteur qui acquiert des droits sur les biens grevés entre l'inscription anticipée et la constitution de la sûreté.

10. Si les négociations sont rompues après la réalisation de l'inscription et si aucune convention constitutive de sûreté n'est conclue entre les parties, la confiance dans la solvabilité de la personne désignée comme constituant dans l'inscription peut en pâtir à moins que l'inscription ne soit radiée. On peut limiter ce risque, comme, d'une manière générale, celui d'inscriptions non autorisées: a) en demandant au créancier garanti (ou, en cas de registre électronique, au système de registre) de rapidement informer le constituant de l'inscription (voir recommandation 55, alinéa c)); b) en imposant au créancier garanti l'obligation de faire radier une inscription dans certains cas (voir recommandation 72, alinéa a)); et c) en prévoyant une procédure simplifiée permettant à la personne identifiée dans l'inscription comme le constituant de faire imposer la radiation de l'inscription (voir recommandations 54, alinéa d), et 72, alinéas b) et c), ainsi que A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 15 à 20).

D. Inscription unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés

11. Dans le cadre d'un système d'inscription d'avis (dans lequel les informations qui figurent sur les documents relatifs aux sûretés ne sont pas consignées dans le fichier du registre), il n'existe aucune raison pour laquelle une inscription unique ne suffirait pas à assurer l'opposabilité de sûretés actuelles ou futures découlant de multiples conventions constitutives conclues par les mêmes parties. Le fait d'exiger que chaque inscription soit spécifiquement liée à une convention constitutive de sûreté particulière se traduirait par des coûts inutiles et empêcherait le créancier garanti de satisfaire avec souplesse aux besoins financiers changeants du constituant sans craindre de perdre son rang de priorité obtenu lors de la première inscription.

12. Par conséquent, le *Guide* recommande que la loi prévoie expressément qu'une inscription unique suffit pour assurer l'opposabilité de sûretés, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient constituées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives conclues entre les mêmes parties (voir recommandation 68). Toutefois, l'inscription ne continue à avoir d'effet que dans la mesure où les informations inscrites reflètent les modalités de toute convention constitutive de sûreté, qu'elle soit nouvelle ou modifiée. Par exemple, si une nouvelle convention constitutive porte sur de nouveaux biens qui n'ont pas été décrits dans l'inscription antérieure, une nouvelle inscription sera nécessaire sans quoi les tiers qui consultent le registre pourraient penser à tort que les biens supplémentaires ne sont pas grevés.

E. Informations minimales pour effectuer l'inscription

1. Informations concernant le constituant

a) Généralités

13. Comme expliqué précédemment (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 70 à 72), les informations qui figurent sur les avis sont indexées par renvoi à l'élément

identifiant le constituant et non au bien grevé. Pour garantir qu'une recherche dans le registre révèle la totalité des sûretés qui pourraient avoir été accordées par une personne, les règles applicables à l'inscription devraient indiquer clairement qu'il est essentiel d'inclure ces informations pour que l'inscription soit effective.

14. Alors que l'adresse du constituant ne fait pas partie des éléments identifiant le constituant, elle devrait néanmoins aussi être exigée aux fins suivantes: a) aider à l'identification du constituant si nécessaire (par exemple, lorsque son nom est courant); b) permettre à la personne procédant à l'inscription (ou, en cas de registre électronique, au système de registre) de transmettre des copies des avis inscrits au constituant; et c) permettre aux personnes qui consultent le registre sans avoir préalablement traité avec le constituant de prendre contact avec lui afin d'obtenir des informations complémentaires. Cette approche est celle qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 57, alinéa a)).

15. Certains États prévoient des exceptions à l'obligation d'inclure l'adresse du constituant lorsque des considérations de sécurité personnelle dictent que son adresse ne soit pas révélée dans un registre mis à la disposition du public (bien que cette question puisse être réglée par l'utilisation d'une boîte postale ou d'une adresse similaire autre que celle de la résidence). Dans ces États, les parties intéressées doivent contacter le créancier garanti pour obtenir des informations supplémentaires concernant le constituant, s'ils ne traitent pas déjà avec lui.

16. Il importe de noter que l'adresse du constituant joue dans les systèmes où l'élément exigé pour identifier le constituant est unique (par exemple, un numéro d'identification émis par les autorités publiques) un rôle moindre que dans les systèmes où le nom du constituant sert d'identifiant et où une recherche peut révéler plusieurs sûretés accordées par différents constituants ayant le même nom (voir par. 24 à 26 ci-dessous).

17. Il est fréquent qu'une personne constitue une sûreté sur ses propres biens pour garantir une obligation dont est redevable un tiers débiteur. Étant donné que l'objet de l'inscription est de révéler la possible existence d'une sûreté sur les biens qui y sont décrits, les règles applicables au processus d'inscription devraient indiquer clairement que la personne dont l'élément identifiant et l'adresse doivent figurer sur l'inscription est celle qui est propriétaire des biens grevés ou possède des droits à leur égard et non le débiteur de l'obligation garantie (ou un simple garant de l'obligation dont est redevable le débiteur).

18. Pour offrir une certaine sécurité juridique aux personnes procédant à une inscription et aux tiers qui consultent le registre, les règles applicables devraient en outre indiquer de façon explicite ce qui constitue l'élément correct pour identifier le constituant. Autrement, un créancier garanti (auquel il incombe de saisir l'élément correct pour identifier le constituant) ne pourra pas être sûr que son inscription prendra effet juridiquement et les personnes qui consultent le registre ne pourront pas se fier aux résultats de leurs recherches. Cette approche est celle qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 58). Les sections suivantes du texte portent sur ce sujet.

b) Personnes physiques par opposition aux personnes morales

19. Dans le registre général des sûretés envisagé par le *Guide*, l'information concernant le constituant serait normalement conservée dans un fichier du registre

centralisé et unifié (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 47 et 48). Toutefois, le système de registre fera une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales et permettra aux personnes qui consultent le registre de retrouver des inscriptions en fonction de la catégorie dans laquelle se trouve le constituant (voir recommandations 59 et 60). Cette caractéristique de conception implique que les identifiants de ces deux catégories de constituants devront obéir à des règles différentes en raison des différences dans les conventions de formation des noms applicables à chaque catégorie.

20. Cette caractéristique de conception a des répercussions sur le processus d'inscription et de recherche. Il est essentiel que les personnes qui consultent le registre comprennent que le système opère une distinction entre les identifiants applicables aux constituants selon que ces derniers sont des personnes physiques ou des personnes morales. Par conséquent, une recherche effectuée dans le fichier du registre au moyen de l'élément identifiant une personne physique ne révèlera pas une sûreté dont le constituant est une personne morale. L'inverse est également valable. Quoi qu'il en soit, les personnes procédant à l'inscription doivent veiller à ce que les informations concernant le constituant soient saisies dans le champ ou l'écran applicable à la catégorie de constituant avec lequel elles traitent.

c) Critères concernant l'élément identifiant les personnes physiques

21. Selon les recommandations du *Guide*, si le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel déterminé (voir recommandation 59).

22. Comme l'illustre le tableau suivant, on pourrait, dans une règle visant à mettre cette approche en œuvre, donner des exemples afin de tenir compte des situations particulières de différents constituants (il incombe à la personne procédant à l'inscription de saisir l'élément correct identifiant le constituant conformément à ces règles):

Situation du constituant	**Élément identifiant exigé**
Né dans l'État adoptant	1) Numéro d'identification personnel 2) Nom qui figure sur le certificat de naissance ou sur un document officiel équivalent
Né dans l'État adoptant sans que sa naissance y ait été déclarée	1) Nom qui figure sur le passeport en cours de validité 2) À défaut de passeport, nom qui figure sur un autre document officiel (p. ex. permis de conduire) 3) À défaut de passeport ou de carte, nom qui figure sur le passeport étranger en cours de validité délivré par l'État de résidence habituelle
Né dans l'État adoptant mais le nom dévolu à la naissance a été modifié ultérieurement conformément à la	Nom qui figure sur un certificat ou sur un document équivalent (tel qu'un certificat de mariage)

législation sur le changement de nom	
N'est pas né dans l'État adoptant mais a obtenu la nationalité de cet État par naturalisation	Nom qui figure sur le certificat de nationalité
N'est pas né dans l'État adoptant et n'a pas la nationalité de cet État	1) Nom qui figure sur un passeport en cours de validité délivré par les autorités de l'État dont il a la nationalité 2) À défaut de passeport étranger en cours de validité, le nom qui figure sur le certificat de naissance ou autre document officiel délivré au lieu de naissance du constituant
Aucune des situations ci-dessus	Nom tel qu'il figure sur deux documents officiels délivrés par l'État adoptant, à condition que le nom soit identique (par exemple permis de conduire un véhicule automobile en cours de validité et carte d'assurance médicale délivrée par les autorités publiques en cours de validité)

23. Il importe tout autant de posséder des règles claires qui précisent les composantes du nom, tel qu'il est énoncé dans les documents officiels, devant être utilisées (par exemple, le nom de famille suivi par le premier prénom puis par le deuxième) et de donner des indications dans les cas exceptionnels (par exemple, lorsque le nom du constituant se réduit à un mot unique). Il faut traiter individuellement les différentes parties qui constituent le nom. Par conséquent, chacune devrait faire l'objet d'un champ ou d'un écran distinct et il faudrait éviter de les regrouper pour ne former qu'un seul élément.

24. Dans de nombreux États, certains noms sont très courants, une recherche pouvant révéler plusieurs constituants qui partagent les mêmes noms de famille et prénoms. La loi recommandée dans le *Guide* prévoit que, dans de tels cas, on se serve d'informations supplémentaires telles que la date de naissance ou un numéro de carte d'identité pour identifier le constituant. C'est en fonction de trois considérations principales que l'on pourra dire si l'utilisation d'un numéro d'identification personnel délivré par l'État (code alphanumérique ou autre) est faisable et souhaitable. D'abord, les règles d'ordre public de l'État adoptant autorisent-elles la divulgation au public des numéros d'identification octroyés à ses nationaux et résidents? Ensuite, si tel est le cas, le système de délivrance de ces numéros est-il suffisamment universel et fiable pour garantir l'attribution d'un numéro unique à chaque personne physique? Enfin, existe-t-il une source documentaire ou d'une autre nature permettant à la personne qui consulte le registre de vérifier avec objectivité si un numéro particulier correspond au constituant visé dont les biens l'intéressent? La fiabilité peut faire défaut si la personne qui consulte le registre ne doit se fier qu'aux déclarations du constituant quant au numéro d'identification. En outre, l'utilisation de numéros d'identification délivrés par un État pourrait poser des problèmes aux créanciers chirographaires ou au représentant de l'insolvabilité du constituant puisque ce dernier pourrait ne pas être disposé à leur révéler son numéro (auquel cas, ils devront obtenir une ordonnance judiciaire

afin d'y avoir accès). Des problèmes similaires pourraient se poser pour la vérification des sources documentaires attestant du nom correct du constituant.

25. Même si un numéro d'identification personnel délivré par l'État est utilisé pour identifier le constituant, il faudra malgré tout inclure des règles supplémentaires pour déterminer son nom correct comme indiqué plus haut dans les cas où il n'est ni un national, ni un résident de l'État et ne s'est donc pas vu délivrer de numéro d'identification personnel (à moins qu'un État considère comme suffisant le numéro qui figure sur un passeport délivré par un autre État pour identifier les ressortissants étrangers).

26. L'adresse du constituant peut également servir d'information supplémentaire pour l'identifier mais uniquement si la personne qui consulte le registre en a connaissance. Il convient de noter toutefois que, dans la loi recommandée par le *Guide*, l'adresse du constituant fait partie des informations qui doivent être incluses dans un avis mais pas nécessairement de celles qui constituent l'élément identifiant le constituant (voir recommandations 57, alinéa a), et 59). Quoi qu'il en soit, il faut limiter les demandes d'informations supplémentaires, car plus les renseignements exigés sont détaillés, plus les risques d'erreur de la part de la personne procédant à l'inscription et les problèmes de protection de la vie privée sont grands.

d) Critères concernant l'élément identifiant les personnes morales

27. Pour déterminer les éléments permettant d'identifier correctement les constituants lorsqu'il s'agit de personnes morales, selon la recommandation du *Guide,* le nom correct devant être utilisé pour que l'inscription produise effet est le nom du constituant tel qu'il figure dans ses documents constitutifs (voir recommandation 60). Pratiquement tous les États tiennent un registre public commercial ou d'entreprises pour consigner les informations au sujet des personnes morales constituées en vertu de leur droit, y compris leur nom. Par conséquent, l'élément identifiant exigé aux fins de l'inscription et des recherches devrait être le nom tel qu'il figure sur le registre public. Dans de nombreux États, lors de l'inscription dans ce registre, un numéro d'inscription unique et fiable est attribué à chaque entité et utilisé comme élément identifiant le constituant.

e) Autres genres de constituant

28. Les règles qui régissent l'inscription devraient également comporter des lignes directrices supplémentaires au sujet de l'élément exigé pour identifier le constituant dans des opérations où celui-ci n'appartient exactement ni à la catégorie des personnes physiques, ni à celle des personnes morales. Le tableau ci-dessous présente les genres de situations dont il faudra tenir compte et des exemples d'éléments identifiants requis.

Situation du constituant	Élément identifiant exigé
Succession d'une personne physique	Élément identifiant la personne défunte, déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est une succession

Représentant de l'insolvabilité agissant au nom d'une personne physique insolvable	Élément identifiant la personne physique insolvable, déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est insolvable
Représentant de l'insolvabilité agissant au nom d'une personne morale insolvable	Élément identifiant la personne morale insolvable, déterminé conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes morales en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est "insolvable"
Syndicat qui n'a pas le statut de personne morale	Nom du syndicat tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs et informations identifiant chaque personne représentant le syndicat dans l'opération qui donne lieu à l'inscription déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques
Fiducie dont le document constitutif précise le nom	Nom de la fiducie tel qu'il apparaît dans ses documents constitutifs, en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est une "fiducie", à moins que le nom de la fiducie ne comprenne déjà la mention "fiducie", et informations identifiant le fiduciaire déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques ou des personnes morales selon le cas
Fiducie dont le document constitutif ne précise pas le nom	Informations identifiant le fiduciaire déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques ou des personnes morales selon le cas, en précisant, dans un champ distinct, que le constituant est un "fiduciaire"
Le constituant fait partie d'une personne morale qui est un consortium ou une coentreprise	Nom du consortium ou de la coentreprise tel qu'il apparaît dans son acte constitutif, et informations identifiant chaque personne qui en fait partie déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques ou des personnes morale selon le cas
Le constituant fait partie d'une personne morale autre qu'un consortium ou une coentreprise	Nom de la personne morale tel qu'il figure sur ses documents constitutifs, et informations identifiant chaque personne physique représentant la personne morale dans l'opération sur laquelle porte l'inscription, déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques
Toute autre organisation qui n'est ni une personne physique, ni une personne morale déjà susmentionnée	Nom de l'organisation tel qu'il figure sur ses documents, et informations identifiant chaque personne physique représentant l'organisation dans l'opération sur laquelle porte l'inscription,

	déterminées conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques

29. Dans le cas d'une entreprise individuelle, même si celle-ci peut être exploitée sous un autre nom commercial que celui du propriétaire, les règles en matière de registre exigent généralement la saisie de l'élément identifiant le constituant conformément aux règles applicables aux constituants qui sont des personnes physiques. Les systèmes fondés sur une saisie électronique des informations et des formulaires d'inscription peuvent être conçus de façon à permettre aux personnes procédant à l'inscription de choisir une case comportant la désignation appropriée au lieu de la saisir dans le champ réservé au nom du constituant.

f) Informations concernant le constituant et incidences des erreurs

30. Étant donné que l'élément identifiant le constituant est le critère de recherche utilisé pour retrouver les informations consignées dans un avis et saisies dans le fichier du registre, la loi recommandée dans le *Guide* comporte des indications quant à la question de savoir si un élément identifiant erroné fourni par la personne procédant à l'inscription priverait d'effet l'inscription, ce qui rendrait la sûreté inopposable. La règle applicable précise que le critère ne devrait pas être de savoir si l'erreur est apparemment mineure ou dénuée d'importance en théorie mais si elle ferait échouer la recherche des informations dans le fichier du registre à partir de l'élément identifiant correct (voir recommandation 58). Le critère est objectif, c'est-à-dire que l'inscription n'a pas d'effet s'il n'est pas satisfait à ce critère indépendamment de la question de savoir si l'erreur a effectivement causé un préjudice à la personne qui conteste l'efficacité de l'inscription.

31. La loi recommandée dans le *Guide* ne prévoit pas les conséquences d'une erreur dans les informations concernant le constituant qui ne constituent pas des critères de recherche, telles qu'une adresse ou une date de naissance erronée, lorsqu'elles doivent être saisies. Les règles applicables à l'inscription et à la recherche devraient comporter des indications à ce sujet. Par analogie au critère général recommandé par le *Guide* quant aux erreurs de saisie des informations concernant les créanciers garantis, les règles devraient préciser qu'une erreur commise dans la saisie d'informations au sujet du constituant qui ne sont pas des critères de recherche ne prive d'effet une inscription que si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable qui consulte le registre (voir recommandation 64). Ainsi, ce pourrait être le cas lorsque les résultats de la recherche révèlent un grand nombre de constituants portant tous le même nom et que l'erreur dans la saisie d'informations supplémentaires est tellement grave qu'elle empêche une personne raisonnable qui consulte le registre de déterminer si le constituant effectivement recherché figure ou non sur la liste.

32. Certains systèmes de registre fondés sur des fichiers électroniques utilisent un logiciel qui affiche les résultats proches de l'élément d'identification correct (lorsque l'élément identifiant est un nom). Dans de tels systèmes, une inscription pourra être considérée comme efficace même si la personne procédant à l'inscription a commis une erreur mineure dans la saisie de l'élément identifiant le constituant. Il en est ainsi parce qu'une personne qui consulte le registre et saisit correctement l'élément identifiant le constituant retrouverait l'inscription et

considérerait comme probable que le constituant dont l'identifiant apparaît parmi les résultats, en tant que correspondance inexacte, est bien le constituant recherché. Cela dépendra de certains facteurs tels que la question de savoir si: a) une personne raisonnable qui consulte le registre pourrait identifier facilement le constituant recherché au moyen d'autres renseignements, comme l'adresse; b) la liste des correspondances inexactes est tellement longue que la personne qui consulte le registre ne peut déterminer si le constituant qu'elle recherche y figure; et c) les règles pour déterminer les correspondances "proches" sont suffisamment objectives et transparentes pour qu'une personne qui consulte le registre puisse se fier aux résultats de sa recherche.

33. Dans certains systèmes de registre, la logique de l'indexation et de la recherche concernant le fichier électronique des constituants qui sont des personnes morales est programmée de façon à ne tenir compte ni des signes de ponctuation, caractères spéciaux et différences entre majuscules et minuscules, ni de certains mots ou abréviations qui ne contribuent pas à l'unicité de l'élément identifiant (par exemple les articles et les indications du type d'entreprise telles que "société", "société de personnes", "SARL" et "SA"). Lorsque c'est le cas, une erreur de saisie de ce genre de renseignement ne privera pas l'inscription d'effet puisqu'on peut la retrouver malgré tout.

2. Informations concernant le créancier garanti et incidences des erreurs

34. Les règles applicables au processus d'inscription exigent systématiquement l'inclusion, dans l'avis présenté au registre, de l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ainsi que leur adresse. Il s'agit de l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 57, alinéa a)) .

35. Les règles d'identification qui s'appliquent au constituant devraient également s'appliquer au créancier garanti, du moins lorsque l'élément identifiant le constituant est son nom car dans un système de registre où les constituants sont identifiés par des numéros d'identification personnels (code alphanumérique ou autre), le créancier garanti devrait malgré tout être identifié grâce à son nom. Toutefois, puisque l'élément identifiant le créancier garanti n'est pas un critère de recherche, l'efficacité de l'inscription ne dépend pas d'une rigoureuse exactitude.

36. Par conséquent, conformément à l'approche recommandée dans le *Guide*, une erreur dans l'élément identifiant un créancier garanti ou dans son adresse ne prive d'effet l'inscription que si elle pourrait gravement induire en erreur une personne raisonnable qui consulte le registre (voir recommandation 64). Il importe toujours néanmoins d'être exact au fond puisque les personnes qui consultent le registre se fient à l'élément identifiant le créancier garanti et à son adresse tels qu'ils figurent dans le fichier du registre aux fins de l'envoi des avis en vertu de la loi sur les opérations garanties (par exemple un avis de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé; voir recommandations 149 à 151).

3. Description des biens grevés

a) Généralités

37. Selon la loi recommandée dans le *Guide*, pour qu'une inscription soit efficace, elle doit comporter une description des biens sur lesquels elle porte (voir recommandation 57, alinéa b)). Elle donne ainsi des renseignements objectifs aux

tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant), permettant donc au constituant de vendre ou de grever (ou de grever de nouveau) ses biens.

38. En outre, dans la loi recommandée par le *Guide*, une description des biens grevés est généralement jugée suffisante, aux fins tant d'une convention constitutive de sûreté efficace que d'une inscription efficace, dans la mesure où elle identifie suffisamment les biens grevés (voir recommandations 14, alinéa d), et 63). Lorsque la sûreté couvre des catégories génériques de biens du constituant, il serait utile que les règles relatives à l'inscription confirment explicitement qu'un renvoi à la catégorie concernée suffit (par exemple, "tous les biens meubles du constituant" ou "l'ensemble des stocks et des créances du constituant"). Les règles pourraient en outre confirmer qu'une description générique est supposée couvrir les biens futurs dans la catégorie mentionnée, sauf indication expresse contraire (ainsi, le terme "créances" couvrirait à la fois les créances actuelles et futures).

b) Exigences supplémentaires pour la description des biens ayant un numéro de série

39. Comme expliqué précédemment (A/CN.9/WG.VI/WP.46, par. 70 à 72), les renseignements consignés dans les avis présentés au registre général des sûretés envisagé par le *Guide* sont généralement indexés et recherchés par référence à l'élément identifiant le constituant et non par référence au bien grevé. Cette approche traduit deux considérations. En premier lieu, contrairement aux biens immeubles, la plupart des catégories de biens meubles ne possèdent pas d'élément identifiant suffisamment unique pour justifier une indexation et une recherche en fonction du bien. En second lieu, il serait impossible du point de vue administratif et extrêmement onéreux de grever des biens futurs et des ensembles de biens qui circulent, tels que des stocks et des créances, si le créancier garanti devait sans cesse remettre son inscription à jour en y ajoutant la description de chaque nouveau bien acquis par le constituant. Un système d'indexation fondé sur le constituant règle ces problèmes en permettant au créancier garanti d'assurer l'opposabilité de sa sûreté au moyen d'une inscription unique couvrant les sûretés, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient constituées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives conclues entre les mêmes parties (voir recommandation 68).

40. Toutefois, si on la compare avec l'indexation fondée sur les biens, l'indexation par constituant présente un inconvénient. Si le constituant vend un bien grevé ou en dispose en dehors du cours normal de ses affaires, la sûreté suit généralement le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir recommandation 79). Toutefois, une consultation du registre au moyen de l'élément identifiant le bénéficiaire du transfert ne la révèlera pas, ce qui pourrait nuire aux tiers qui réalisent une opération relative à ce bien entre les mains du bénéficiaire et n'ont peut-être pas connaissance de l'historique des transferts. Supposons, par exemple, que B, le constituant, après avoir grevé son automobile d'une sûreté au profit d'un créancier garanti A, la vende à C, un tiers qui à son tour propose à une quatrième partie D de la vendre ou de la grever d'une sûreté à son profit. Dans l'hypothèse où D ne sait pas que ce bien a été acquis par C auprès de B, le constituant initial, il effectuera des recherches dans le registre uniquement par référence à l'élément

identifiant C. Cette recherche ne permettra pas de retrouver la sûreté au profit de A car elle a été inscrite au nom de B, le constituant d'origine (en ce qui concerne la question de savoir si un créancier garanti devrait être tenu de modifier son inscription pour y ajouter le bénéficiaire du transfert comme nouveau constituant, voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 5 et 6).

41. Face au problème "A-B-C-D", certaines lois sur les opérations garanties prévoient une inscription et une recherche fondées sur les biens pour certaines catégories de biens meubles auxquels peut être attribué un numéro de série ou un élément identifiant alphanumérique équivalent unique et fiable. Ainsi, l'industrie automobile attribue un élément identifiant alphanumérique unique, généralement appelé numéro d'identification, pour identifier chaque véhicule à moteur conformément à un système fondé sur des normes émises initialement par l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Dans les États qui ont adopté ce système, l'élément identifiant alphanumérique concerné est indexé séparément afin de pouvoir être retrouvé par les personnes qui consultent le registre en l'utilisant, plutôt que le nom du constituant, comme critère de recherche. Cette approche règle le problème A-B-C-D puisqu'une recherche fondée sur le numéro de série révèlera toutes les sûretés grevant le bien particulier sans égard au propriétaire.

42. En revanche, l'inscription et l'indexation fondées sur un numéro de série limitent la capacité d'un créancier garanti de rendre opposable une sûreté sur des biens futurs du constituant portant un numéro de série au moyen d'une seule inscription dans laquelle les biens concernés ne sont décrits que de façon générale. Le créancier garanti devra donc effectuer une nouvelle inscription (ou modifier la description des biens grevés figurant dans son inscription existante afin de consigner le numéro de série de chaque nouveau bien acquis par le constituant). Étant donné ce problème, l'inscription et l'indexation fondées sur un numéro de série sont généralement limitées aux biens meubles corporels qui ont un marché de revente important et une valeur assez élevée pour justifier une augmentation de la complexité juridique et une réduction de la souplesse que cette approche signifie pour les créanciers garantis (par exemple, véhicules automobiles destinés à circuler sur les routes, remorques, autocaravanes, cellules et moteurs d'aéronefs, matériel roulant ferroviaire, bateaux et moteurs de bateaux).

43. En outre, dans les États qui ont adopté un système d'inscription et d'indexation fondées sur un numéro de série, une description générique dans une inscription suffit néanmoins à rendre la sûreté opposable de manière générale. L'inscription du numéro de série précis n'est généralement exigée que pour préserver le droit du créancier garanti de suivre le bien entre les mains de l'acheteur ou du preneur à bail s'il est vendu ou donné à bail par le constituant initial. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire d'inclure un numéro de série particulier pour rendre la sûreté opposable à d'autres catégories de réclamants concurrents, y compris les créanciers garantis et les créanciers chirographaires du constituant ainsi que son représentant de l'insolvabilité. Dans certains États, un créancier garanti doit inscrire le numéro de série afin de conserver son rang de priorité basé sur le moment de l'inscription par rapport à un créancier garanti ultérieur dont la sûreté est constituée sur un bien portant un numéro de série inclus dans la catégorie générique entrant dans la description générique inscrite par le créancier garanti antérieur. Toutefois, même dans ces États, une description générique demeure suffisante pour assurer l'opposabilité face aux créanciers chirographaires et au représentant de

l'insolvabilité du constituant, et pour conserver la priorité face à un créancier garanti subséquent qui n'a pas inclus de numéro de série particulier dans son inscription.

44. Enfin, une indication du numéro de série des biens n'est généralement pas requise lorsque ceux-ci font partie des stocks du constituant. Le problème A-B-C-D n'existe pas dans ce cas puisque les acheteurs qui acquièrent de tels stocks dans le cours normal des affaires du constituant initial prennent les stocks libres de la sûreté en tout état de cause (voir recommandation 81, alinéa a)). Qui plus est, une description générique des biens grevés par le terme "stocks" est suffisante pour permettre aux personnes qui consultent le registre d'identifier suffisamment les biens grevés.

45. Le *Guide* évoque, sans la recommander, la possibilité d'augmenter le système pour rendre les sûretés opposables par voie d'inscription afin de faciliter l'identification de certains biens grevés (comme les véhicules à moteur) au moyen des numéros de série plutôt que d'une seule description générique (voir chap. IV, par. 31 à 36). Si un État décide d'augmenter son régime applicable aux opérations garanties de façon à ce que l'inscription du numéro de série soit intégrée dans le registre général des sûretés, il doit d'abord déterminer les règles de fond qui régissent les biens portant un numéro de série. Plus particulièrement, il doit prévoir des règles qui indiquent si l'utilisation des numéros de série (dans la convention constitutive de sûreté et dans l'avis) est facultative ou obligatoire et, dans ce dernier cas, quelles sont les conséquences du défaut de leur utilisation pour des biens portant ce numéro. Ces conséquences pourraient inclure l'inefficacité de la sûreté entre les parties (si la convention constitutive de sûreté ne comporte pas le numéro de série), l'inopposabilité de la sûreté à l'égard des tiers ou l'opposabilité à l'égard des tiers mais avec un rang de priorité inférieur (si l'avis ne comporte pas le numéro de série). En outre, il faudrait concevoir le registre de façon à ce que les numéros de série puissent être indiqués sur les avis et servir de base à l'indexation.

c) Description du produit

46. En cas de disposition des biens grevés par le constituant, le régime d'opérations garanties envisagé par le *Guide* permet aux créanciers garantis de revendiquer une sûreté automatique sur le produit de la disposition pouvant être identifié (voir recommandation 19 et le terme "produit" dans l'introduction du *Guide*, sect. B). Dans ce cas, la question se pose de savoir si l'opposabilité de la sûreté sur les biens grevés à l'origine s'étend automatiquement à la sûreté sur le produit ou si le créancier garanti doit prendre des mesures supplémentaires pour s'assurer de l'opposabilité de sa sûreté sur le produit.

47. Lorsque le produit consiste en espèces (par exemple, argent ou droit à paiement), le *Guide* recommande que l'opposabilité d'une sûreté antérieurement inscrite sur les biens initialement grevés se maintienne automatiquement sur le produit. Il en va de même lorsque le produit tombe dans une catégorie déjà visée par la description des biens initialement grevés dans l'avis inscrit (par exemple, la description couvre "tous les biens meubles corporels" et le constituant échange un bien d'équipement contre un autre; voir recommandation 39).

48. Par contre, lorsque le produit ne revêt pas la forme d'espèces et n'entre pas non plus dans la description incluse dans l'inscription existante, le *Guide*

recommande que le créancier garanti modifie son inscription peu de temps après que naît le produit, en y ajoutant une description de celui-ci afin de préserver l'opposabilité et le rang de priorité de sa sûreté sur le produit à partir de la date de l'inscription initiale (voir recommandation 40). Il est nécessaire de modifier l'inscription car, sinon, un tiers ne pourrait pas identifier les catégories de biens en la possession du constituant qui pourraient constituer le produit en question. Par conséquent, le registre devrait être conçu de façon à permettre au créancier garanti dans ce genre de situation d'inscrire un avis de modification pour couvrir le type de bien représenté par le produit.

d) Description du bien et incidences des erreurs

i) Généralités

49. Étant donné que l'élément identifiant le constituant sert à indexer et rechercher les inscriptions dans un registre général des sûretés, les règles modernes régissant les opérations garanties conformes aux recommandations du *Guide* prévoient qu'une erreur mineure dans la description du bien grevé ne prive pas d'effet une inscription sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 64). En outre, dans la loi recommandée par le *Guide*, si la personne procédant à l'inscription omet d'inclure un bien dans la description, l'inscription est privée d'effet uniquement en ce qui concerne le bien omis, et la sûreté grevant les biens mentionnés dans l'inscription demeure opposable (voir recommandation 65).

50. La description appropriée des biens grevés peut soulever des questions si une inscription décrit les biens grevés en tant que catégorie générique alors que la convention constitutive de sûreté conclue ou envisagée par les parties ne couvre que certains éléments dans la catégorie concernée. Ainsi, l'inscription pourra faire référence aux biens grevés par la formule "tous les biens meubles corporels", alors que la convention constitutive de sûreté visée par l'inscription ne couvre que certains biens d'équipement spécifiquement désignés. Une description trop large permet aux parties de conclure de nouvelles conventions constitutives de sûreté grevant des biens supplémentaires à mesure que les besoins financiers du constituant évoluent sans devoir effectuer une nouvelle inscription puisque le créancier garanti peut se fonder sur l'inscription existante tant pour l'opposabilité que pour la priorité. Quoi qu'il en soit, l'inscription doit être autorisée par le constituant (voir recommandation 71). Autrement, ce dernier a le droit de faire modifier la description incluse dans l'inscription pour qu'elle reflète fidèlement les biens grevés effectivement couverts par la convention constitutive existant entre les parties (voir recommandation 72 et A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2, par. 15 à 19).

ii) Erreur dans la description de biens portant un numéro de série

51. Dans les systèmes juridiques qui permettent de procéder à des inscriptions et à des recherches par numéro de série pour certains biens, ce numéro constitue un critère d'indexation et de recherche. Par conséquent, bien que la loi recommandée dans le *Guide* ne traite pas de cette question, il semblerait que les règles devraient prévoir que le critère permettant de déterminer si une erreur dans le numéro de série prive d'effet une inscription devrait être le même que pour une erreur dans l'élément identifiant le constituant. Cela signifie que le critère devrait être celui de savoir si

cette erreur ferait échouer une recherche effectuée à partir de l'élément identifiant correct (voir recommandation 58 et par. 30 à 33 ci-dessus).

52. Lorsqu'un numéro de série est correctement saisi dans l'inscription, mais que l'élément identifiant le constituant comporte une erreur suffisamment grave pour faire échouer une recherche effectuée à partir de l'élément correct, la question est alors celle de savoir si un tiers qui consulte le registre devrait pouvoir se fier entièrement à une recherche effectuée à partir de l'élément identifiant le constituant ou du numéro de série. La loi recommandée dans le *Guide* ne traite pas de cette question. Il semblerait que si une description par numéro de série était requise et si une recherche dans le fichier du registre à partir du numéro de série correct ne permettait pas de retrouver une inscription, que l'élément identifiant le constituant soit correctement saisi ou non, une erreur dans le numéro de série saisi dans l'inscription pourrait: a) rendre l'inscription inopposable; ou b) rendre l'inscription opposable mais se traduire par un rang de priorité inférieur pour la sûreté en question. Toutefois, si l'indexation par numéro de série était facultative ou complémentaire, une erreur dans le numéro de série ne priverait pas l'inscription d'effet à condition que l'élément identifiant le constituant soit saisi correctement (voir par. 45 ci-dessus).

4. Durée de l'inscription

53. La loi recommandée dans le *Guide* propose deux approches au choix à un État adoptant pour déterminer la durée de l'inscription (voir recommandation 69). Dans la première approche, la loi sur les opérations garanties doit préciser que toutes les inscriptions ont une durée légale standard (de cinq ans par exemple), l'obligation de veiller à ce que l'inscription soit renouvelée avant l'expiration de cette durée incombant ensuite au créancier garanti. Dans la seconde, elle doit permettre aux créanciers garantis de choisir librement la durée souhaitée de l'inscription, auquel cas la mention de la durée sera une composante juridiquement essentielle de l'efficacité de l'inscription. Dans les systèmes juridiques qui adoptent cette seconde approche, il peut être souhaitable de fixer pour les droits d'inscription un tarif proportionnel à la durée choisie par la personne procédant à l'inscription, de manière à dissuader celle-ci de choisir une durée trop longue. Pour la même raison, il pourrait également être souhaitable de permettre aux parties de choisir la durée de l'inscription dans une limite maximum de temps déterminée, par exemple 10 ans (voir chap. IV, par. 88).

54. Dans les systèmes juridiques qui adoptent l'approche du libre choix de la durée de l'inscription, il serait également souhaitable de concevoir le registre de façon à ce que le créancier garanti puisse facilement choisir la durée désirée sans risquer de commettre une erreur par inadvertance, par exemple en limitant le choix à des années complètes à partir de la date de l'inscription. Les États qui adoptent l'approche du libre choix de la durée de l'inscription doivent examiner l'incidence sur l'efficacité de l'inscription d'une indication incorrecte de sa durée par la personne procédant à l'inscription. Le *Guide* recommande qu'une telle erreur ne prive pas l'inscription d'effet (voir recommandation 66).

55. Toutefois, cette recommandation est soumise à l'importante condition que les tiers qui se sont fiés à cette indication incorrecte soient protégés (voir recommandation 66). Cela signifie que lorsque la personne procédant à l'inscription saisit une durée plus courte que celle souhaitée, l'inscription devient caduque à la

fin de la durée spécifiée et la sûreté ne sera plus opposable à moins d'avoir été rendue opposable par un autre moyen avant la caducité (voir recommandation 46). Le créancier garanti peut certes rétablir l'opposabilité, mais celle-ci ne se rétablit qu'à partir de ce moment (voir recommandations 47 et 96). Lorsque le créancier garanti saisit une durée plus longue qu'il n'en avait l'intention, la protection des tiers ne semble pas poser problème. Si la sûreté sur laquelle porte l'avis est en fait éteinte (par exemple, du fait du paiement de l'obligation garantie et de la fin de tout engagement de crédit), l'opposabilité prend fin de toute façon. Si, dans le cas contraire, l'obligation garantie reste due, il est difficile de voir comment les tiers pourraient être lésés en se fiant à l'indication incorrecte. L'avis inscrit attire toujours leur attention sur la possible existence d'une sûreté et sur le fait qu'ils peuvent prendre des mesures pour se protéger contre ce risque. Étant donné que rien, dans le registre, n'indiquerait que le créancier garanti avait eu l'intention de saisir une durée inférieure, les personnes qui consultent le registre ne seraient pas trompées par l'erreur commise par le créancier garanti lorsqu'il a saisi une durée plus longue que celle qu'il avait prévue. Par conséquent, l'erreur quant à la durée indiquée dans l'avis inscrit ne devrait pas invalider l'inscription.

5. Montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée

56. Certaines lois relatives aux opérations garanties exigent des parties à une convention constitutive de sûreté qu'elles incluent dans l'avis une déclaration précisant le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée. Si le montant maximum précisé est supérieur au montant de l'obligation réellement due par le constituant au moment de la réalisation, le créancier garanti a le droit de réaliser sa sûreté uniquement à concurrence du montant réellement dû. Toutefois, dans le cas contraire où le montant maximum spécifié est inférieur à celui réellement dû, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté uniquement à concurrence du montant maximum spécifié. En effet, dans ce cas, le créancier garanti ne possède que les droits accordés à un créancier chirographaire à l'égard de la différence entre le montant réellement dû et le montant maximum spécifié dans la convention constitutive de sûreté et inclus dans l'avis.

57. L'exemple suivant illustre le but de cette approche. Une entreprise a un bien dont la valeur marchande estimée est de 100 000 dollars. Elle fait une demande de crédit permanent à concurrence de 50 000 dollars. Le créancier est disposé à accorder le prêt à condition d'obtenir une sûreté sur le bien. Le constituant accepte mais étant donné que le montant maximum du prêt n'est que de 50 000 dollars et que la valeur du bien s'élève à 100 000 dollars, le constituant souhaite conserver la possibilité d'obtenir ultérieurement un autre prêt garanti auprès d'un autre fournisseur de crédit au moyen d'une sûreté sur le même bien en se fondant sur sa valeur supplémentaire de 50 000 dollars. Généralement, la règle du premier inscrit dissuaderait ce créancier subséquent d'accorder un second prêt par crainte que le premier prêteur accorde à l'avenir des avances excédant la somme initiale de 50 000 dollars, pour lesquelles il serait prioritaire en vertu de cette règle. En exigeant que soit précisée la valeur maximale de réalisation de la sûreté inscrite en premier, le créancier garanti subséquent peut, dans cet exemple, être certain que le créancier garanti inscrit en premier ne peut réaliser sa sûreté pour un montant supérieur à 50 000 dollars, les 50 000 dollars restants pouvant être utilisés pour le désintéresser en cas de défaillance du constituant.

58. D'autres lois sur les opérations garanties n'exigent pas que l'avis contienne une déclaration du montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée. Cette approche repose sur l'hypothèse que: a) le premier créancier garanti est soit la source optimale de financement à long terme, soit plus susceptible d'octroyer un financement, notamment aux jeunes entreprises de petite taille, s'il sait qu'il conservera sa priorité à l'égard de tout financement subséquent accordé au constituant; b) le constituant n'aura pas un pouvoir de négociation suffisant pour obtenir du premier créancier garanti inscrit qu'il indique un montant maximum réaliste dans l'avis inscrit (le créancier garanti insistera plutôt sur l'inclusion d'un montant maximum gonflé pour couvrir tous les crédits susceptibles d'être octroyés dans le futur et le constituant ne sera généralement pas en mesure de refuser son consentement); et c) un créancier ultérieur auquel le constituant demande un financement sera en mesure de négocier un accord de cession de rang avec le premier créancier garanti inscrit pour le crédit octroyé sur la base de la valeur résiduelle que le bien grevé aura au moment considéré. Cette dernière approche pourrait cependant limiter l'accès du constituant au crédit provenant de sources autres que le premier créancier garanti inscrit même lorsque ses biens ont une valeur résiduelle excédant tout crédit octroyé ou pouvant l'être par le premier créancier.

59. Le *Guide* reconnaît que les deux approches ont des avantages et recommande que les États adoptent celle qui correspond le mieux aux pratiques de financement efficaces en vigueur chez chacun d'eux et, en particulier, aux hypothèses du marché du crédit sur lesquelles repose chaque approche (voir recommandation 57, al. d), et chap. IV, par. 92 à 97).

60. Les États qui décident d'exiger la spécification d'un montant maximum dans l'avis inscrit devront concevoir le registre de façon à traiter des effets d'une erreur, commise dans l'indication de ce montant, par la personne procédant à l'inscription. Sur cette question, conformément à l'approche adoptée dans les États qui prévoient déjà cette exigence, le *Guide* recommande qu'une indication incorrecte ne prive pas d'effet un avis inscrit, à moins qu'elle n'induise gravement en erreur une personne raisonnable qui consulte le registre (voir recommandation 64). Cette recommandation est soumise elle aussi à la condition que les parties qui se sont fiées à une indication erronée du montant maximum soient protégées (voir recommandation 66). Un montant indiqué dans l'avis qui dépasse le montant maximum convenu dans la convention constitutive de sûreté ne peut induire en erreur une personne qui consulte le registre car sa décision d'octroyer des fonds sera normalement fonction du montant indiqué dans l'avis inscrit. Il importe de noter que le constituant est également protégé dans ce cas puisqu'il pourrait obliger le créancier garanti à corriger le montant indiqué dans l'avis afin de pouvoir obtenir un financement garanti par la valeur résiduelle du bien grevé.

61. En revanche, un montant spécifié dans l'avis qui est inférieur au montant maximum convenu dans la convention constitutive de sûreté pourrait conduire une personne qui consulte le registre a commettre une grave erreur si elle accorde un crédit garanti en assumant qu'elle pourra réaliser sa sûreté sur toute valeur du bien dépassant le montant inscrit dans l'avis. De même, un créancier judiciaire pourrait être conduit à commettre la grave erreur d'intenter une action en exécution fondée sur le fait qu'il pense que la valeur du bien excédant celle qui est indiquée sur l'avis serait disponible pour satisfaire à l'exécution du jugement. Cependant, alors qu'une telle erreur dans la déclaration du montant maximum peut gravement induire en

erreur les personnes qui consultent le registre comme l'illustre cet exemple, elle ne devrait pas priver d'effet l'inscription en général. Les intérêts des tiers sont suffisamment protégés par la limitation du droit du créancier garanti de ne réaliser sa sûreté qu'à concurrence du montant erroné spécifié par le créancier garanti dans l'avis inscrit. La loi recommandée dans le *Guide* ne traite pas de ce problème puisqu'il ne surviendrait que dans un État adoptant qui choisirait d'exiger que l'avis indique le montant maximum. Toutefois, l'approche susmentionnée semblerait correspondre à celle que recommande le *Guide* en ce qui concerne l'incidence d'une erreur dans la description des biens grevés (voir recommandations 64 et 65).

A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche (*suite*) 1-40

F. Moment de prise d'effet de l'inscription 1-4

G. Modification d'une inscription 5-16

1. Cession de l'obligation garantie et transfert de la sûreté réelle mobilière 5-6

2. Renonciation à la priorité 7

3. Changement de l'élément identifiant le constituant 8-9

4. Transfert d'un bien grevé 10-11

5. Ajout de nouveaux biens grevés 12

6. Prorogation de la durée d'une inscription 13-14

7. Correction en cas de caducité ou de radiation erronée 15-16

H. Radiation ou modification obligatoire de l'inscription 17-21

I. Radiation ou modification volontaire de l'inscription 22

J. Droit d'effectuer des recherches et résultats des recherches 23-26

K. Critères de recherche 27-31

L. Langue de l'inscription et de la recherche 32-33

M. Copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation 34-36

N. Droit du constituant à des informations supplémentaires 37-40

V. Conception, administration et fonctionnement du registre 41-73

A. Introduction 41

B. Fichier électronique ou fichier papier 42-44

C. Fichier centralisé et unifié 45-46

D. Accès des utilisateurs aux services du registre 47-50

E. Considérations touchant à la conception et à l'exploitation 51-71

1. Création d'une équipe chargée de la mise en place du registre 51

2. Responsabilité de la conception et de l'exploitation 52

3. Capacité de stockage 53

4. Programmation 54-58

5. Réduire le risque d'erreur involontaire 59
6. Sécurité physique du fichier du registre: serveurs secondaires et serveurs de sauvegarde 60
7. Rôle du personnel du registre et responsabilité 61-63
8. Responsabilité pour perte ou dommage subis par des créanciers garantis ou des tiers qui consultent le registre 64-65
9. Frais d'inscription et de recherche 66-68
10. Financement des coûts de mise en place initiale et de fonctionnement . . . 69-70
11. Éducation et formation 71
F. Transition 72
G. Règlement des litiges 73

IV. Règles applicables au processus d'inscription et de recherche (*suite*)

F. Moment de prise d'effet de l'inscription

1. En raison du rôle que le moment de l'inscription joue dans la détermination de la priorité relative d'une sûreté réelle mobilière, il est essentiel qu'une date et une heure d'inscription soient attribuées à chaque avis concernant une sûreté. Cependant, si le système du registre permet de soumettre les avis sur papier, la transposition dans le fichier du registre, par le personnel du registre, des informations inscrites dans l'avis prendra un certain temps. Se pose donc la question de savoir si la date et l'heure effectives de l'inscription devraient être attribuées dès que l'avis sur papier est physiquement reçu par le registre ou seulement après que les informations données dans l'avis ont été saisies par le personnel du registre dans le fichier du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche.

2. Si la première des solutions ci-dessus est adoptée, il y aura un décalage entre le moment où l'inscription prend effet et celui où les informations deviendront accessibles aux personnes effectuant une recherche dans le fichier. Ce décalage exposerait ces personnes à un risque en termes de priorité car leurs droits seraient subordonnés à des droits qui étaient déjà inscrits mais qui ne leur étaient pas encore accessibles. Une solution à ce risque pourrait consister à attribuer aux résultats des recherches une "date de mise à jour" indiquant que les résultats montrent l'état des inscriptions dans le fichier du registre uniquement à cette date (par exemple, un jour avant la recherche) et non au moment effectif de la recherche. Ainsi, une fois sa sûreté inscrite, un créancier garanti potentiel devrait procéder à une deuxième recherche pour s'assurer qu'aucune autre sûreté n'a été inscrite entre-temps, avant d'être certain de pouvoir avancer des fonds. De même, les acheteurs potentiels et d'autres tiers devraient effectuer une recherche ultérieure avant de se séparer d'une valeur ou d'accomplir tout autre acte en se fiant au fichier du registre.

3. En conséquence, la meilleure approche est que le système du registre donne effet à l'inscription seulement après que les informations ont bien été saisies dans le fichier de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 70). Dans les États où les informations contenues dans un avis sont saisies dans un fichier informatisé (directement par la personne procédant à l'inscription ou par le personnel du registre saisissant les informations présentées sur papier par cette personne), le logiciel du registre devrait être programmé pour assurer un tel résultat (lorsque les formulaires d'inscription sur papier sont conservés dans des archives papier, la date et l'heure effectives attribuées manuellement par le personnel du registre devraient, de même, correspondre au moment où les informations inscrites deviendraient accessibles aux personnes effectuant une recherche; il est vrai toutefois que, de plus en plus, tous les fichiers devraient être électroniques). Il peut être prudent d'attribuer également un numéro d'ordre à chaque avis pour pouvoir déterminer la priorité si, dans le système considéré, des avis inscrits par des créanciers garantis concurrents à l'encontre du même constituant risquent de se voire attribuer les mêmes date et heure d'inscription. Un tel numéro peut faire partie du numéro d'inscription ou être attribué en supplément du numéro d'inscription.

4. Cette approche n'élimine pas le problème du décalage mais transfère simplement la responsabilité à la personne procédant à l'inscription, laquelle doit s'assurer que les informations figurant sur l'avis papier ont bien été saisies dans le fichier du registre et sont consultables avant d'être certaine que sa sûreté est opposable. En conséquence, le système du registre devrait être conçu pour permettre aux créanciers garantis de saisir eux-mêmes les informations dans le fichier du registre accessible au public à partir de tout équipement informatique, qu'il s'agisse de leur propre équipement, de celui d'un prestataire de services ou de celui installé dans une succursale du registre (voir la discussion sur l'accès au fichier du registre, chap. V ci-dessous). Cette approche offrirait aux créanciers garantis un certain contrôle sur la rapidité et l'efficacité avec lesquelles leurs inscriptions prendraient effet car les progrès technologiques devraient éliminer quasiment tout décalage entre la soumission d'un avis fournissant les données requises et l'instant exact auquel les données saisies deviennent accessibles aux personnes effectuant une recherche.

G. Modification d'une inscription

1. Cession de l'obligation garantie et transfert de la sûreté réelle mobilière

5. Un créancier garanti qui a inscrit un avis de sûreté peut parfois céder l'obligation garantie. De manière générale dans la plupart des systèmes juridiques, la sûreté, en tant que droit accessoire, suit l'obligation et le cessionnaire de l'obligation sera donc effectivement le nouveau créancier garanti. Dans le cas d'une cession, le créancier garanti initial ne voudra pas, en général, continuer à répondre aux demandes d'information provenant de personnes effectuant une recherche et le nouveau créancier garanti voudra s'assurer de recevoir les avis ou autres communications concernant sa sûreté.

6. C'est pourquoi il devrait être permis de mettre à jour les informations relatives au créancier garanti dans le fichier du registre pour y indiquer l'élément identifiant

le nouveau créancier garanti et son adresse. Cependant, dans l'approche recommandée par le *Guide*, une modification ne devrait pas être requise au sens où elle serait nécessaire pour protéger l'efficacité de l'inscription. L'élément identifiant le créancier garanti n'étant pas un critère de recherche, les personnes effectuant une recherche ne seront pas matériellement induites en erreur par le changement dans l'identité du créancier garanti (voir recommandation 75). En tout état de cause, le système du registre peut être conçu de sorte qu'un résultat de recherche affiche à la fois les informations relatives au créancier garanti initial et celles relatives au nouveau créancier. En outre, le créancier garanti initial devrait être tenu de communiquer l'identité du nouveau créancier garanti au constituant au moins, pour que ce dernier puisse obtenir des informations actuelles concernant la sûreté inscrite et l'obligation correspondante.

2. Renonciation à la priorité

7. Dans un régime moderne d'opérations garanties conforme aux recommandations du *Guide*, un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur (voir recommandation 94). Rien n'oblige le créancier renonçant ou le bénéficiaire de la renonciation à modifier l'avis inscrit concernant la sûreté dudit créancier pour mentionner cette renonciation. Cependant, dans certains cas, le créancier garanti renonçant ou le bénéficiaire de la renonciation souhaiteront peut-être que le fichier indique le rang de priorité de l'un par rapport à l'autre. En conséquence, un État pourrait souhaiter examiner si le registre devrait être conçu de manière à permettre la modification des informations fournies dans un avis inscrit pour refléter cette renonciation.

3. Changement de l'élément identifiant le constituant

8. Un changement dans l'élément identifiant le constituant tel qu'indiqué dans l'avis inscrit (par exemple, après un changement de nom) est susceptible de porter atteinte à la fonction de publicité de l'inscription du point de vue des tiers qui traitent avec le constituant après ce changement. Après tout, l'élément identifiant le constituant est le principal critère de recherche et, du moins dans le cas d'une nouvelle inscription après le changement de nom, une recherche à partir du nouvel élément identifiant ne révèlera pas une sûreté inscrite sous l'ancien élément identifiant. Lorsqu'une inscription est modifiée, un résultat de recherche peut révéler à la fois l'inscription initiale sous le nom précédent du constituant et la modification où figure le nom nouveau.

9. En conséquence, les règles régissant le processus d'inscription devraient permettre l'inscription d'une modification pour que le créancier garanti puisse saisir le nouvel élément identifiant le constituant. Si le défaut de saisie d'une modification ne doit pas rendre la sûreté inopposable aux tiers, les parties qui traitent avec le constituant après que son élément identifiant a changé et avant que la modification ne soit inscrite devraient être protégées. C'est pourquoi les règles applicables devraient prévoir que, si le créancier garanti n'inscrit pas la modification dans un bref "délai de grâce" (par exemple, 15 jours) après que l'élément identifiant a changé, sa sûreté serait inopposable à ces catégories de réclamants concurrents. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 61). Des précisions devraient être apportées également sur ce qui constitue un changement de l'élément

identifiant dans le contexte, en particulier, des fusions de sociétés et sur l'effet d'une absence de modification dans ces circonstances.

4. Transfert d'un bien grevé

10. Le constituant qui procède au transfert non autorisé d'un bien grevé en dehors du cours normal des affaires risque de susciter les problèmes A-B-C-D discutés plus haut dans le texte (voir A/CN.9/WG.VI/WP.41/Add.1, par. 40). En effet, une recherche dans le registre à partir de l'élément identifiant le bénéficiaire du transfert ne permettra pas de retrouver une sûreté inscrite sous l'élément identifiant le constituant. Pour protéger les tiers réalisant une opération avec le bien grevé qui se trouve entre les mains du bénéficiaire du transfert, les règles applicables devraient donc permettre au créancier garanti de modifier son inscription pour faire enregistrer l'identifiant et l'adresse du bénéficiaire du transfert dans l'espace réservé à la saisie des informations relatives au constituant.

11. Les règles devraient aussi trancher la question de savoir si et dans quelle mesure une telle modification est nécessaire pour préserver l'opposabilité de la sûreté aux réclamants ayant acquis des droits entre-temps (voir recommandation 62 et chap. IV, par. 78 à 80). Certains États adoptent une règle équivalente à celle applicable à un changement dans l'élément identifiant le constituant (voir recommandation 61, et par. 8 et 9 ci-dessus). Dans cette approche, le fait de ne pas modifier l'inscription pour indiquer l'élément identifiant le bénéficiaire du transfert ne rend pas la sûreté inopposable en général. Cependant, si le créancier garanti n'inscrit pas la modification dans un bref "délai de grâce" (par exemple, 15 jours) après le transfert, sa sûreté ne sera pas opposable aux acheteurs, preneurs à bail, preneurs de licence et autres créanciers garantis qui réalisent des opérations avec le bien grevé après le transfert et avant l'inscription de la modification. D'autres États adoptent une approche similaire sous réserve d'une disposition importante, à savoir que le "délai de grâce" accordé au créancier garanti pour inscrire la modification commence à courir seulement à partir du moment où il prend effectivement connaissance du transfert. Dans d'autres États encore, cette modification est purement optionnelle et le fait de ne pas y procéder n'affecte pas l'opposabilité ni la priorité de la sûreté (voir le *Guide*, chap. IV, par. 78 à 80).

5. Ajout de nouveaux biens grevés

12. Après la conclusion de la convention constitutive initiale, le constituant peut convenir d'octroyer une sûreté sur des biens supplémentaires qui ne sont pas encore décrits dans l'avis inscrit. Les règles devraient trancher la question de savoir si une nouvelle inscription serait nécessaire ou si le créancier garanti serait autorisé à modifier simplement l'inscription initiale pour ajouter une description des biens nouvellement grevés. Si cette dernière option est retenue, les règles devraient prévoir clairement que la sûreté sur les biens nouvellement grevés devient opposable aux tiers et ne prend rang qu'à partir du moment de l'inscription de la modification. Cette condition est indispensable car une recherche dans le registre par des tiers avant l'inscription de la description modifiée ne révélerait pas qu'une sûreté a été consentie sur les biens supplémentaires. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 70).

6. Prorogation de la durée d'une inscription

13. La personne ayant procédé à une inscription peut avoir besoin de proroger celle-ci avant qu'elle n'arrive à expiration. Les règles applicables à l'inscription devraient confirmer que la durée d'une inscription existante peut être prolongée par voie de modification à tout moment avant l'expiration de la durée de l'inscription initiale. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 69). Si une nouvelle inscription était exigée, cette exigence porterait atteinte au rang de priorité initial du créancier garanti et à la continuité de l'opposabilité de sa sûreté.

14. Ainsi qu'il en a déjà été discuté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 53 à 55), dans certains États, la durée initiale de l'inscription est fixée par la loi de manière uniforme; d'autres États permettent à la personne procédant à l'inscription de choisir la durée appropriée (parfois jusqu'à un nombre maximal d'années). Si la loi fixe la durée, les règles devraient prévoir une prorogation équivalente. Si la loi autorise la personne procédant à l'inscription à spécifier la durée de l'inscription, elle devrait aussi lui permettre de choisir la durée de la prolongation, sous réserve de toute limite supérieure applicable. Dans cette approche, la personne procédant à l'inscription qui, par exemple, a opté pour une inscription initiale de cinq ans, devrait être autorisée à choisir une prorogation de trois ans.

7. Correction en cas de caducité ou de radiation erronée

15. Si un créancier garanti ne renouvelle pas une inscription en temps voulu ou s'il enregistre involontairement une mainlevée, il peut inscrire un nouvel avis concernant sa sûreté. Cependant, dans l'approche recommandée par le *Guide*, l'opposabilité et la priorité de la sûreté remontent seulement à la date de la nouvelle inscription (voir recommandation 47). En conséquence, la sûreté ne sera pas opposable aux tiers qui ont acquis un droit sur le bien grevé entre le moment où la sûreté est devenue caduque ou a été radiée et la nouvelle inscription. Le créancier garanti se verra aussi primé par les créanciers garantis concurrents sur lesquels il était prioritaire, en vertu de la règle du « premier inscrit », avant la caducité ou la radiation (voir recommandation 96).

16. Certains États adoptent une approche plus souple. Le créancier garanti se voit accorder un bref délai de grâce après la caducité ou la radiation pour renouveler son inscription de manière à rétablir l'opposabilité et le rang de priorité de ses sûretés à compter de la date de l'inscription initiale. Cependant, même dans les États qui adoptent cette approche, la sûreté est inopposable ou subordonnée aux réclamants concurrents qui ont acquis des droits sur les biens grevés ou avancé des fonds au constituant après la caducité ou la radiation et avant la nouvelle inscription.

H. Radiation ou modification obligatoire de l'inscription

17. Une inscription peut ne pas ou ne plus correspondre à une relation financière existante ou envisagée entre le créancier garanti et le constituant identifiés dans l'inscription. Cela peut se produire quand, après l'inscription, les négociations entre les parties ont été rompues ou parce que la relation financière représentée par l'inscription est arrivée à son terme. Dans ce cas, le fait que les informations subsistent dans le fichier du registre limitera la capacité de la personne identifiée

comme le constituant de vendre les biens décrits dans l'inscription ou de les grever d'une nouvelle sûreté. Ce résultat est dû au fait qu'un acheteur ou un créancier garanti potentiels hésiteront à entrer en affaires avec le constituant à moins que l'inscription existante ne soit radiée et tant qu'elle ne le sera pas.

18. La personne identifiée dans une inscription comme le créancier garanti souhaitera généralement inscrire une mainlevée à la demande de la personne identifiée comme le constituant, si elle n'a pas acquis ou n'espère pas raisonnablement acquérir une sûreté sur les biens du constituant. Cependant, dans les rares cas où il n'y a pas de coopération, une procédure judiciaire ou administrative rapide et peu onéreuse devrait être mise en place pour permettre au constituant d'imposer la radiation de l'inscription. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 72).

19. Des questions similaires se posent lorsqu'une inscription contient des informations inexactes qui risquent de compromettre la capacité de la personne identifiée comme le constituant de réaliser des opérations avec ses biens en faveur d'autres créanciers garantis ou d'acheteurs. Ainsi, la description des biens grevés contenue dans l'inscription peut inclure des éléments qui, en fait, ne sont couverts par aucune convention constitutive de sûreté existante ou envisagée et sans que le constituant ait d'aucune autre manière autorisé une description aussi large. Pour remédier à cette situation, la procédure devra aussi habiliter le constituant identifié à imposer une modification des informations inscrites de manière à refléter exactement l'état réel de la relation entre les parties.

20. En conséquence, les règles applicables devraient donner le droit à une personne identifiée comme le constituant dans une inscription (ou, de fait, à toute personne qui a un droit sur les biens décrits dans l'inscription) d'envoyer un avis écrit à la personne identifiée comme le créancier garanti lui demandant de faire radier ou modifier l'inscription, selon le cas, dans l'une quelconque des circonstances suivantes: a) il n'a pas été conclu de convention constitutive de sûreté; b) la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison; ou c) le constituant n'a pas autorisé l'inscription.

21. La personne identifiée comme le créancier garanti devrait être tenue d'exécuter la demande dans un nombre de jours déterminé, faute de quoi la personne faisant la demande devrait être en droit de saisir une juridiction ou toute autre instance compétente pour qu'elle ordonne au registre d'inscrire la mainlevée ou la modification sauf à conclure que les informations inscrites au fichier du registre reflètent correctement la relation financière existant entre les parties ou ont été autorisées par la personne effectuant la demande. La question de savoir si une juridiction ou une autorité administrative devrait être chargée d'entendre ces demandes dépendra de la structure institutionnelle spécifique de chaque État adoptant. Cependant, en faisant ce choix, l'État adoptant devrait veiller à ce que l'autorité désignée ait la capacité et l'expertise pour traiter la demande avec célérité et de manière peu onéreuse et à ce que des règles de procédure soient établies de façon à s'assurer que tel est bien le cas (voir recommandation 72).

I. Radiation ou modification volontaire de l'inscription

22. Un créancier garanti devrait toujours pouvoir modifier ou faire radier une inscription à tout moment, sous réserve que le constituant en ait dûment donné l'autorisation. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandations 71 et 73). Une fois qu'une inscription a été radiée, elle ne devrait plus être accessible aux personnes effectuant une recherche, puisque son maintien dans le fichier du registre accessible à ces personnes pourrait leur faire accroire que les biens visés sont toujours potentiellement grevés. Cependant, l'inscription radiée devrait être conservée dans les archives du registre non ouvertes au public mais accessibles pour toute utilisation ultérieure, si nécessaire. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 74). La récupération des informations dans les archives par le personnel du registre à la demande de la partie intéressée peut, par exemple, être nécessaire pour déterminer quelle était la priorité d'une sûreté à un moment donné.

J. Droit d'effectuer des recherches et résultats des recherches

23. Dans l'approche recommandée par le *Guide*, pour remplir sa fonction de publicité, le registre général des sûretés doit être accessible au public et l'utilisateur devrait pouvoir effectuer une recherche sans avoir à la justifier (voir recommandation 54, al. f) et g)).

24. Un résultat de recherche devrait soit indiquer qu'il n'y a aucune inscription correspondant au critère de recherche spécifié, soit énumérer toutes les inscriptions qui correspondent à ce critère ainsi que toutes les informations figurant dans le fichier du registre (c'est-à-dire l'élément identifiant le constituant et le créancier garanti ou son représentant ainsi que leur adresse, la description du bien grevé et, si cette information est exigée dans le système juridique considéré, le montant maximum de l'obligation garantie et la durée de l'inscription). Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandations 54, al. a), et 57).

25. Aux fins de protection de la vie privée, certains États exigent des personnes effectuant une recherche qu'elles fassent la preuve auprès du personnel du registre qu'elles ont une raison sérieuse de consulter le fichier du registre. Le *Guide* ne recommande pas cette approche car le registre général des sûretés a pour objectif de permettre à des tiers qui envisagent d'acquérir un droit sur un bien particulier (notamment par la vente, la constitution d'une sûreté ou l'exécution d'un jugement) ou des parties qui pour toute autre raison ont besoin d'informations sur les éventuelles sûretés afférentes aux biens d'une personne (telles que le représentant de l'insolvabilité du constituant) de déterminer rapidement la mesure dans laquelle les biens d'une personne peuvent être déjà grevés. Exiger des personnes susceptibles d'effectuer une recherche qu'elles prouvent d'abord leur intérêt pour les biens ou les affaires du constituant, et du personnel du registre qu'il statue à ce sujet, porterait gravement atteinte à l'efficacité et à la fonctionnalité du processus de recherche, car un mécanisme complexe et pesant de décision viendrait alors s'interposer dans ce processus. Le coût des opérations s'en trouverait aussi accru dans des proportions inacceptables du fait de la nécessité d'employer des experts pour administrer les demandes de recherche et pour décider des suites à donner à ces demandes. Il est plus efficace de traiter les questions de respect de la vie privée en exigeant, par exemple, que le constituant autorise une inscription et en

établissant une procédure permettant aux constituants, rapidement et à peu de frais, de faire radier ou modifier les informations inscrites non autorisées ou erronées (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 2 à 8, et par. 17 à 21 ci-dessus).

26. La question de savoir si le registre peut demander et conserver l'identité de la personne effectuant une recherche est toutefois différente. Dans certains États, le registre peut refuser de révéler des informations personnelles (privées) s'il ne connaît pas l'identité et la nature de la personne effectuant la recherche. Le *Guide* émet une recommandation dans ce sens eu égard à l'identité de la personne procédant à l'inscription (voir recommandation 55, al. b)), mais n'émet pas de recommandation similaire s'agissant de l'identité de la personne effectuant une recherche.

K. Critères de recherche

27. Les informations contenues dans le fichier du registre étant indexées par rapport à l'élément identifiant le constituant, cet élément devrait être le critère principal grâce auquel les personnes effectuant une recherche peuvent retrouver ces informations. Ces personnes ne devraient cependant pouvoir prétendre à l'exactitude d'un résultat de recherche que si l'élément identifiant le constituant qu'elles ont utilisé est correct. En conséquence, les règles applicables à la définition de ce qui constitue l'élément identifiant correctement le constituant aux fins de l'inscription devraient aussi s'appliquer au processus de recherche.

28. Dans les systèmes juridiques qui prévoient l'indexation de certains types de bien par numéro de série, ce dernier constitue un critère de recherche supplémentaire. Cependant, ainsi qu'il en a déjà été discuté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1, par. 45), certains de ces systèmes exigent l'inscription du numéro de série aux fins de l'opposabilité et de la priorité à l'encontre uniquement de certaines catégories de réclamants concurrents. C'est pourquoi les règles applicables au processus de recherche devraient clairement spécifier qu'une personne effectuant une recherche n'est en droit de procéder à une recherche par le numéro de série que dans la mesure où elle appartient à la catégorie des réclamants concurrents pour lesquels la saisie du numéro de série est exigée aux fins de l'inscription.

29. Le système du registre devrait aussi être conçu pour permettre de rechercher et de retrouver les informations par référence au numéro attribué par le registre à chaque inscription, qu'il s'agisse d'une inscription initiale ou encore de l'inscription d'une modification, d'une mainlevée ou autre. S'ils ne sont généralement pas utiles aux tiers en tant que critères de recherche, les numéros d'inscription donneraient aux créanciers garantis un critère de recherche alternatif pour retrouver rapidement et efficacement une inscription afin de saisir une modification ou une mainlevée.

30. Le système du registre devrait en outre être conçu pour que les informations puissent être retrouvées également en fonction de l'élément identifiant le créancier garanti. Cela permettrait au personnel du registre, à la demande de la personne identifiée dans l'inscription comme le créancier garanti, de modifier efficacement l'élément identifiant ou de traiter les informations figurant dans plusieurs inscriptions associées à ce créancier garanti au moyen d'une seule modification globale.

31. Cependant, l'élément identifiant le créancier garanti ne devrait pas être un critère disponible pour les recherches effectuées par le public. Cet élément ne présente guère d'intérêt pour les objectifs juridiques du système de registre (voir recommandation 64). De plus, le fait de permettre au public d'effectuer ce type de recherche pourrait être contraire aux attentes raisonnables des créanciers garantis en matière de respect de la vie privée, étant donné par exemple qu'un fournisseur de crédit pourrait entreprendre une recherche sur la base de l'élément identifiant le créancier garanti pour obtenir les listes de clients de ses concurrents (voir le *Guide*, chap. IV, par. 81).

L. Langue de l'inscription et de la recherche

32. Les règles applicables à l'inscription devraient énoncer clairement que les informations doivent être saisies dans la ou les langues officielles de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. Les personnes effectuant une recherche doivent saisir leurs données dans la langue dans laquelle les informations ont été saisies dans le fichier du registre et les résultats des recherches afficheront des informations dans la même langue (voir le *Guide*, chap. IV, par. 44 à 46). Lorsque le nom du constituant est l'élément identifiant pertinent et que le nom correct est dans une langue autre que celle utilisée par le registre, les règles devraient indiquer clairement les modes de translitération ou de traduction des lettres et des accents sur les lettres qui forment le nom pour se conformer à la langue du registre.

33. La loi en vertu de laquelle un constituant personne morale est créé peut autoriser celui-ci à avoir et à utiliser différentes versions linguistiques de son nom. Pour tenir compte de cette possibilité, les règles applicables à l'inscription devraient confirmer que toutes les versions linguistiques du nom doivent être saisies comme autant d'éléments distincts identifiant le constituant, car les tiers qui consultent le registre sont susceptibles de traiter ou d'avoir traité avec le constituant sous l'une quelconque des versions de son nom.

M. Copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation

34. Il est essentiel pour l'opposabilité d'une sûreté de vérifier que les informations figurant dans un avis ont été effectivement saisies dans le fichier du registre. C'est pourquoi le registre devrait être tenu d'envoyer une copie des informations inscrites au créancier garanti à l'adresse postale ou électronique figurant sur les renseignements fournis lors de l'inscription. Lorsque la personne procédant à l'inscription n'est pas le créancier garanti mais un représentant de ce dernier, la copie devrait être envoyée tant à la personne ayant procédé à l'inscription qu'au créancier garanti. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 55, al. d)). Le registre, s'il est électronique, devrait être conçu de manière à envoyer un accusé de réception instantanément, sans aucune notification supplémentaire hormis à la personne procédant à l'inscription.

35. Le registre devrait aussi être tenu d'adresser une copie de toute modification ou radiation ultérieure d'une inscription à la personne ayant procédé à l'inscription et au créancier garanti. Il s'agit d'une mesure importante qui permet au créancier garanti de prendre rapidement des dispositions pour se protéger au cas où la

radiation ou la modification serait erronée. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 55, al. d)). Ici encore, il se peut qu'une telle mesure ne soit utile que dans un système sur papier et ne s'avère pas très pratique si le réseau postal n'est pas fiable. Avec un registre électronique, le créancier garanti devrait être en mesure de mener une recherche pour identifier les inscriptions ayant fait l'objet d'un avis de radiation ou de modification. Le système du registre peut aussi être programmé pour informer automatiquement de ces changements la personne ayant procédé à l'inscription et le créancier garanti. Dans les États disposant d'une bonne infrastructure de messagerie, cette notification pourrait aussi être envoyée par un service de minimessages ou un autre service semblable.

36. Compte tenu de l'incidence potentielle de l'inscription sur la capacité de la personne identifiée comme le constituant à effectuer des opérations avec les biens grevés décrits dans un avis, la personne procédant à l'inscription devrait être tenue d'envoyer une copie de l'avis d'inscription initiale, ainsi que de tout avis de radiation ou de modification, à la personne identifiée dans l'inscription comme le constituant. Un manquement à cette obligation de la part du créancier garanti ne peut entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 55, al. c)). Le constituant peut renoncer à son droit de recevoir des copies de tout avis inscrit (voir recommandation 10). Ici encore, un registre électronique devrait être conçu pour envoyer automatiquement au constituant une copie de tout avis inscrit.

N. Droit du constituant à des informations supplémentaires

37. Les règles applicables à l'inscription devraient prévoir que la personne identifiée dans l'avis comme le constituant est en droit d'obtenir sur demande, auprès de la personne identifiée comme le créancier garanti, des informations actualisées sur l'état présent des relations financières entre les parties, notamment: a) une liste des biens sur lesquels la personne identifiée comme le créancier garanti fait valoir une sûreté; et b) le montant actuel de l'obligation garantie par la sûreté faisant l'objet de l'inscription, ainsi que le montant nécessaire pour acquitter l'obligation garantie.

38. Le créancier garanti devrait être tenu d'envoyer les informations demandées soit au constituant soit à tout tiers désigné par ce dernier. S'il ne fait plus valoir de sûreté sur le type de bien grevé considéré, il doit fournir au constituant ou au tiers désigné par ce dernier des informations permettant d'identifier tout cessionnaire ou successeur immédiat.

39. La possibilité que ces informations soient transmises à un tiers par le créancier garanti tient compte du fait que l'inscription n'emporte pas constitution de la sûreté réelle mobilière, ni n'en apporte la preuve, mais signale simplement qu'une sûreté peut exister sur un bien particulier. La question de savoir si la sûreté a été constituée et sur quels biens dépend de preuves qui ne sont pas inscrites au fichier. C'est pourquoi les acheteurs et créanciers garantis potentiels ainsi que les autres tiers avec lesquels traite le constituant peuvent souhaiter vérifier eux-mêmes directement auprès de la personne identifiée dans l'inscription comme le créancier garanti si celle-ci fait actuellement et effectivement valoir une sûreté sur le bien qui les

intéresse en vertu d'une convention constitutive de sûreté conclue avec le constituant en question.

40. Dans certains États, le constituant a le droit de présenter une demande gratuitement tous les quelques mois. Le créancier garanti peut demander des frais pour toute demande d'information complémentaire. Il s'agit ici de lui éviter d'avoir à répondre à des demandes fréquentes du constituant qui peuvent être injustifiées ou relever du harcèlement.

V. Conception, administration et fonctionnement du registre

A. Introduction

41. Les questions liées à la conception technique, à l'administration et au fonctionnement jouent un rôle primordial dans l'efficacité d'un système de registre. Le présent chapitre passe en revue les principales questions qu'il convient d'aborder à ce niveau.

B. Fichier électronique ou fichier papier

42. Les fichiers des registres étaient auparavant conservés sous forme papier et le sont encore dans certains États. Une base de données électronique offre, en termes d'efficacité, des avantages énormes par rapport à un fichier papier traditionnel (voir le *Guide*, chap. IV, par. 38 à 43). Il convient de citer, entre autres, les avantages suivants:

a) Réduction considérable du travail d'administration et d'archivage;

b) Réduction des risques de dommage matériel, de vol et de sabotage;

c) Possibilité de rassembler toutes les inscriptions dans une base de données unique, indépendamment du lieu où les données ont été saisies; et

d) Mise en place de processus d'inscription et de recherche plus simples, rapides et peu coûteux (voir la discussion sur les modes d'accès au registre aux par. 47 à 50 ci-dessous).

43. En conséquence, les États adoptants devraient faire tous les efforts possibles pour prévoir le stockage des informations figurant sur un avis dans un fichier électronique, plutôt que sur papier. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 54, al. j)).

44. Le *Guide* présente dans les recommandations 11 et 12 les règles de base de la communication électronique, reprises des paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, concernant les exigences de forme écrite et de signature. Les règles applicables aux registres électroniques devraient être conformes à ces recommandations et aux principes sur lesquels se basent les recommandations 11 et 12, à savoir la non-discrimination, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle (voir le *Guide*, chap. I, par. 119 à 122, et ainsi que la Note explicative relative à la Convention, par. 133 à 165).

C. Fichier centralisé et unifié

45. Dans les lois modernes sur les opérations garanties qui suivent les recommandations du *Guide*, alors que les personnes procédant à l'inscription ont le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre, le fichier du registre est centralisé (voir recommandation 54, al. e) et k)). En d'autres termes, toutes les informations inscrites sont conservées dans une base de données unique et unifiée. Dans le cas inverse, les coûts imposés aux personnes consultant des fichiers multiples décentralisés pourraient les dissuader d'utiliser le système du registre et compromettre le succès de la loi sur les opérations garanties.

46. Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, la centralisation du fichier du registre peut être réalisée de façon beaucoup plus efficace si les informations contenues dans les avis sont conservées sous forme électronique dans une base de données centralisée que si le fichier du registre est conservé sous forme papier. Un fichier électronique permet de saisir dans les succursales du registre les informations qui y sont présentées, puis de les transférer par voie électronique au registre central grâce à des applications distantes, puis de les ajouter à la base de données du registre central. Dans les systèmes papier, les informations suivent un chemin similaire; cependant le document physique doit d'abord être transféré matériellement de la succursale au bureau central où est conservé le fichier central sur papier (voir le *Guide*, chap. IV, par. 21 et 22).

D. Accès des utilisateurs aux services du registre

47. Un fichier électronique permet aux utilisateurs de saisir des informations et d'effectuer des recherches directement sans avoir besoin de l'aide ou de l'intervention du personnel du registre. Si possible, le système devrait être conçu pour permettre la soumission des informations et des demandes de recherche par voie électronique sur Internet ou par des systèmes de réseau direct, pour offrir une alternative à la soumission des avis d'inscription et des demandes de recherche sur papier (voir le *Guide*, chap. IV, par. 23 à 26 et 43).

48. Ainsi qu'il a été discuté dans le chapitre précédent (voir par. 1 à 4 ci-dessus), lorsque des informations sont soumises au registre sous forme papier, la personne procédant à l'inscription doit attendre, pour que l'inscription prenne juridiquement effet, que le personnel du registre ait saisi les informations dans le fichier du registre afin que des tiers puissent les rechercher. Les demandes de recherche transmises sur papier, par télécopie ou par téléphone entraînent également des décalages puisque la personne souhaitant consulter le registre doit attendre qu'un membre du personnel de ce dernier effectue la recherche pour elle et en transmette les résultats. Outre l'élimination de ces décalages, un système dans lequel la personne procédant à l'inscription peut choisir de saisir les informations par voie électronique directement dans le fichier du registre offre d'autres avantages:

a) Réduction très importante des frais de personnel et autres dépenses courantes du registre;

b) Réduction du risque d'erreur et des possibilités de fraude ou de corruption de la part du personnel du registre;

c) Diminution correspondante du risque de voir la responsabilité du registre engagée à l'égard des utilisateurs qui pourraient subir un préjudice parce que le personnel du registre n'a pas saisi du tout des données d'inscription ou des critères de recherche, ou ne les a pas saisis correctement; et

d) Accès des utilisateurs aux services d'inscription et de recherche en dehors des heures normales d'ouverture.

49. Si cette approche est mise en œuvre, le registre devrait être conçu pour permettre à ses utilisateurs de saisir des informations et de mener des recherches à partir de n'importe quel équipement informatique, qu'il soit privé ou accessible au public dans les succursales du registre, ou en d'autres lieux. De plus, en raison des coûts réduits de l'accès électronique direct, le registre devrait être conçu pour permettre à des tiers prestataires de services dans le secteur privé de fournir des services de registre aux utilisateurs.

50. Afin de préserver la sécurité et l'intégrité du fichier du registre, des codes d'accès et des mots de passe uniques, par exemple, pourront être attribués aux utilisateurs (d'autres méthodes d'accès et d'identification peuvent aussi être utilisées). Pour parer au risque d'inscriptions non autorisées, les personnes souhaitant procéder à des inscriptions pourraient, en outre, être tenues de s'identifier sous une forme ou une autre (par exemple en produisant une carte d'identité, un permis de conduire ou un passeport) avant de soumettre une inscription (voir recommandation 55, al. b)), même si le registre n'est pas obligé de vérifier l'identité de la personne procédant à l'inscription (voir recommandation 54, al. d)). Pour faciliter l'accès des utilisateurs fréquents (tels que les institutions financières, les concessionnaires automobiles, les avocats et autres intermédiaires agissant pour les personnes procédant à l'inscription et les personnes effectuant une recherche), tous les utilisateurs devraient pouvoir créer un compte d'utilisateur auprès du registre permettant de facturer automatiquement les frais sur leur compte et d'exercer un contrôle institutionnel sur leurs droits d'accès.

E. Considérations touchant à la conception et à l'exploitation

1. Création d'une équipe chargée de la mise en place du registre

51. Il est essentiel que le personnel technique responsable de la conception et de la mise en place du registre soit pleinement informé des objectifs qui ont été assignés à ce registre, ainsi que des besoins pratiques du personnel et des utilisateurs potentiels du registre. Par conséquent, au tout début du processus de conception et de mise en place, il est nécessaire de constituer une équipe représentative d'une expertise technologique, juridique et administrative, ainsi que des attentes des utilisateurs.

2. Responsabilité de la conception et de l'exploitation

52. Il sera nécessaire, au début du processus de conception et de mise en place, de déterminer si le registre doit être exploité par les services internes d'un organisme public ou en partenariat avec une entreprise privée dont on connaît les compétences techniques et la rigueur financière. D'après le *Guide*, l'exploitation courante du registre peut être confiée à une entité privée, mais l'État adoptant reste tenu de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique applicable

(voir chap. IV, par. 47, et recommandation 55, al. a)). En conséquence, l'État adoptant peut choisir de conserver la propriété du fichier du registre et, si nécessaire, de l'infrastructure du registre.

3. Capacité de stockage

53. L'équipe chargée de la mise en place devrait prévoir la capacité de stockage du fichier du registre. Cette évaluation dépendra notamment de la question de savoir si le registre doit couvrir les opérations de financement garanti concernant aussi bien les consommateurs que les entreprises. Dans ce cas, on peut s'attendre à ce que le nombre d'inscriptions soit beaucoup plus important. Lors de la planification des capacités du système, il faudra prendre en compte l'ajout possible au système d'applications et de fonctions supplémentaires. Par exemple, il faudra tenir compte de la nécessité d'élargir ultérieurement la base de données du registre pour permettre l'inscription de jugements ou de sûretés non conventionnelles ou l'ajout de liens vers d'autres registres de l'administration publique, tels que le registre national des sociétés ou d'autres registres de biens mobiliers ou immobiliers. La planification de cette capacité dépendra aussi de la question de savoir si les informations inscrites sont conservées sur une base de données informatisée ou sur papier. Assurer une capacité de stockage suffisante est un moindre problème dans le cas d'un registre électronique car les évolutions technologiques récentes ont grandement diminué les coûts du stockage.

4. Programmation

54. Si le fichier du registre est informatisé, les spécifications de programmation dépendront de la question de savoir si l'inscription, l'indexation et la recherche seront possibles seulement à partir de l'élément identifiant le constituant ou également à partir du numéro de série. En tout état de cause, les spécifications matérielles et logicielles devraient être solides et sécurisées par des fonctionnalités qui réduisent le risque de corruption des données, d'erreur technique ou de violation de la sécurité. Outre les programmes de contrôle des bases de données, des logiciels devront être mis au point pour gérer les communications avec les utilisateurs, les comptes d'utilisateur, le paiement des frais et la comptabilité, les liens électroniques entre registres, les communications entre ordinateurs et la collecte de données statistiques.

55. Les besoins en matériel informatique et en logiciels devront être évalués et il faudra décider s'il convient de faire développer le logiciel par l'équipe de mise en place du registre ou de l'acheter à des fournisseurs privés, auquel cas l'équipe devra effectuer des recherches pour déterminer s'il existe sur le marché un produit qui serait facilement adaptable aux besoins de l'État mettant en place le registre. Il est important que le développeur/fournisseur du logiciel soit informé des spécifications du matériel que devrait fournir un vendeur tiers, et vice versa.

56. Il faudra aussi examiner si le registre devrait être conçu pour fonctionner comme une interface électronique vers d'autres bases de données officielles. Par exemple, dans certains États, la personne procédant à l'inscription peut consulter le registre des sociétés ou du commerce pendant qu'elle effectue une inscription pour vérifier et saisir automatiquement des informations relatives à l'élément identifiant le constituant ou le créancier garanti.

57. Une autre question devrait être examinée, celle de savoir si le système du registre permettrait un ou plusieurs types de recherches. Certains États se sont dotés d'un type de recherche unique fondé sur la logique de recherche officielle (le programme appliqué par un système de registre aux critères de recherche fournis par la personne effectuant une recherche pour retrouver des informations dans le fichier du registre). Dans ces États, il suffit à la personne effectuant la recherche de saisir l'élément correct identifiant le constituant et le système du registre appliquera automatiquement la logique de recherche officielle et produira un résultat de recherche officielle.

58. D'autres États connaissent aussi un mode de recherche non officielle, qui permet aux utilisateurs d'élargir leurs recherches et d'utiliser à cette fin des caractères non normalisés. Par exemple, si la logique de recherche officielle consiste à n'afficher que les correspondances exactes et si une personne procédant à l'inscription a inscrit un avis au nom de "John Macmillan" en l'orthographiant incorrectement "John Macmallan", une recherche officielle à partir de l'élément identifiant correctement le constituant "Ed Smith" ne permettra pas de retrouver l'avis et l'inscription sera donc sans effet. En revanche, une recherche non officielle à partir du nom "John Macm*" permettra très probablement de retrouver l'avis avec le nom mal orthographié. Ceci ne change cependant pas le fait que l'inscription est sans effet parce que seule une recherche officielle permettrait à une personne consultant le registre de retrouver l'avis correspondant. Une personne effectuant une recherche ne peut se fonder sur le résultat trouvé en utilisant ce type de recherche. En tout état de cause, une personne souhaitant consulter le registre doit savoir quelle logique de recherche est officielle, c'est-à-dire, dans le cas d'un registre électronique, quel bouton choisir ou dans quel champ saisir l'élément identifiant correct, le système du registre appliquant ensuite automatiquement la logique de recherche.

5. Réduire le risque d'erreur involontaire

59. Un registre des opérations garanties reposant sur l'inscription d'avis n'a pas pour objet de garantir ou de prouver l'existence ou l'opposabilité des sûretés visées par l'inscription. Cependant, le registre peut être conçu de manière à garantir un niveau de qualité minimum des informations saisies tout en empêchant également les personnes procédant à une inscription de commettre des erreurs involontaires, notamment en prévoyant des champs obligatoires, un contrôle des entrées, des menus déroulants et une aide en ligne. Le registre devrait aussi permettre à la personne procédant à une inscription de passer en revue les informations qu'elle a saisies, pour clore le processus d'inscription.

6. Sécurité physique du fichier du registre: serveurs secondaires et serveurs de sauvegarde

60. Un fichier électronique peut, de par sa nature, être moins vulnérable aux dommages physiques qu'un fichier papier, mais plus vulnérable sous d'autres aspects, tels que l'accès et la duplication non autorisés. En tout état de cause, le registre devrait être conçu pour permettre le basculement et la sauvegarde automatiques des applications et des données, ce qui se fait généralement par la mise en place d'un système de serveur principal et de serveur secondaire (de basculement). Le serveur secondaire assure l'accès et le fonctionnement

ininterrompus en cas de défaillance du serveur principal. En outre, on devrait installer un serveur de sauvegarde dans un lieu géographique différent de sorte que les informations inscrites ne soient pas perdues.

7. Rôle du personnel du registre et responsabilité

61. Le rôle du personnel du registre devrait se limiter pour l'essentiel à gérer et faciliter l'accès des utilisateurs, à faire payer les frais et à surveiller le fonctionnement et la maintenance du système du registre. Il faut faire clairement comprendre au personnel et aux utilisateurs du registre que le personnel du registre n'est pas autorisé à donner des conseils juridiques sur les conditions légales de validité des inscriptions et des recherches ou sur les effets juridiques des inscriptions et des recherches.

62. Le personnel du registre devrait aussi être responsable de la surveillance continue du bon (ou du mauvais) fonctionnement du registre dans la pratique et notamment de recueillir des données statistiques sur le nombre et le type d'inscriptions et de recherches effectuées afin de pouvoir modifier rapidement, si nécessaire, le processus d'inscription et de recherche, ainsi que les règles applicables.

63. Les risques de corruption du personnel du registre devraient être réduits le plus possible, en concevant le système du registre pour: a) empêcher le personnel du registre de modifier l'heure et la date des inscriptions ou toute autre information saisie par une personne procédant à l'inscription; b) éliminer toute possibilité discrétionnaire de la part du personnel du registre de refuser l'accès aux services du registre; c) instituer des contrôles financiers limitant strictement l'accès du personnel au paiement des frais en espèces (par exemple en autorisant les paiements et leur confirmation par une banque ou autre institution financière); et d) conserver les copies archivées des données initialement présentées comme il a été dit plus haut.

8. Responsabilité pour perte ou dommage subis par des créanciers garantis ou des tiers qui consultent le registre

64. Ainsi qu'il a déjà été noté (voir par. 47 à 50 ci-dessus), le registre devrait être conçu pour que, si possible, une personne procédant à une inscription et une personne effectuant une recherche puissent inscrire une information et effectuer une recherche directement et électroniquement plutôt que de demander au personnel du registre de le faire en leur nom. Si cette approche est adoptée, les règles devraient indiquer clairement que les utilisateurs assument l'entière responsabilité de leurs erreurs ou omissions lors de l'inscription ou de la recherche et qu'il leur incombe de procéder aux corrections ou modifications nécessaires.

65. Indépendamment de ce point, l'État adoptant devra évaluer comment la responsabilité pour les pertes ou les dommages imputables à l'une quelconque des causes suivantes doit être attribuée: a) conseil ou information erronés ou trompeurs donnés par le personnel du registre ou refus injustifié de sa part d'accorder les services du registre; et b) retard ou inscriptions ou résultats de recherche erronés ou incomplets en raison d'une défaillance ou d'une panne du système. Si, dans les cas où le registre permet aux utilisateurs de procéder directement à une inscription ou une recherche, la loi recommandée par le *Guide* limite la responsabilité du registre

aux défaillances du système, elle laisse généralement cette question à la discrétion de l'État adoptant (voir recommandation 56).

9. Frais d'inscription et de recherche

66. Les frais d'inscription et de recherche éventuellement demandés devraient permettre le recouvrement des coûts et ne pas être utilisés pour obtenir des recettes fiscales. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 54, al. i)). Les frais et taxes sur les opérations excessifs décourageront dans une large mesure l'utilisation du registre, ce qui, globalement, compromettra le succès de la loi de l'État adoptant sur les opérations garanties. Cependant, afin d'évaluer le niveau de rentrées financières nécessaires pour recouvrer les coûts, il faudrait tenir compte de la nécessité de financer le fonctionnement du registre, notamment: a) les salaires du personnel du registre; b) le remplacement du matériel; c) la mise à jour des logiciels; et d) la formation continue du personnel.

67. Il conviendrait d'examiner si les frais d'inscription devraient être fixés par opération ou proportionnellement à la durée de l'inscription (dans les systèmes qui permettent à la personne procédant à l'inscription de choisir elle-même la durée de l'inscription). Cette seconde solution a l'avantage de dissuader la personne procédant à l'inscription de choisir une période excessive par excès de prudence. Quelle que soit l'approche adoptée, les frais ne devraient pas être liés au montant maximum spécifié pour lequel la sûreté peut être réalisée (dans les systèmes qui exigent que cette information soit donnée) car cela produirait une discrimination entre les utilisateurs et découragerait les inscriptions.

68. Il conviendrait aussi d'examiner si les recherches et radiations devraient être gratuites (au moins dans le cas d'un registre électronique) de façon à encourager les recherches de la part du public et l'inscription rapide des mainlevées par les créanciers garantis.

10. Financement des coûts de mise en place initiale et de fonctionnement

69. La mise en place d'un registre électronique moderne nécessite un investissement initial pour en couvrir le coût, notamment les coûts du matériel et du développement des logiciels. Cependant, le coût relativement faible du fonctionnement d'un registre électronique des sûretés signifie que cet investissement devrait être recouvrable par la tarification des services dans un délai relativement court après le démarrage. Les coûts peuvent être maintenus à un bas niveau, en particulier si le fichier du registre est informatisé et si les inscriptions et les recherches directes par voie électronique sont permises.

70. Si un État décide d'élaborer et d'exploiter le registre en partenariat avec une entité privée, il peut être possible pour cette dernière de réaliser l'investissement initial dans l'infrastructure du registre, étant entendu qu'elle pourra recouvrer son investissement en prenant un pourcentage des frais facturés aux utilisateurs du registre une fois celui-ci opérationnel.

11. Éducation et formation

71. Pour que le système de registre voie le jour sans problème et soit activement adopté par les utilisateurs potentiels, l'équipe chargée de le mettre en place devra élaborer des programmes d'éducation et d'information, diffuser des documents

promotionnels et explicatifs et organiser des séances de formation. Elle devrait aussi élaborer des instructions pour la saisie des informations sur les formulaires d'inscription papier et sur écran.

F. Transition

72. Si l'État adoptant dispose déjà de registres des sûretés réelles mobilières, les questions de transition devront être étudiées. Si le nouveau registre est destiné à couvrir les sûretés précédemment prises en charge par un registre existant, les approches suivantes pourraient être examinées. Tout d'abord, l'État adoptant ou l'entité privée chargée de la mise en place du registre peut assumer la responsabilité de la migration des informations du registre existant vers le fichier du nouveau registre. Une autre solution serait de confier la migration aux créanciers garantis qui se verraient alors accorder une période de transition (par exemple, un an) pour ressaisir eux-mêmes les informations dans le fichier du nouveau registre. Cette dernière approche a été utilisée avec beaucoup de succès dans certains États. Si cette option est retenue, un espace ou un champ devrait être prévu dans le formulaire d'inscription pour permettre la saisie d'une note indiquant que l'inscription en question correspond à une inscription antérieure à la mise en service du nouveau registre (pour les questions de transition concernant les aspects abordés dans la loi sur les opérations garanties, voir chap. XI du *Guide*).

G. Règlement des litiges

73. Un mécanisme peut être envisagé pour régler les litiges entre les parties concernées par l'inscription de sûretés réelles mobilières. Ce mécanisme devrait inclure les procédures judiciaires ou administratives simplifiées telles que celles évoquées dans le contexte de la radiation ou de la modification de l'inscription (voir par. 21 ci-dessus).

A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.3 (Original: anglais)

Note du Secrétariat concernant l'inscription des sûretés réelles mobilières – projet de règlement type, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Articles
I.	Généralités	1
II.	Création et fonctionnement d'un registre	2-7
III.	Services du Registre	8-10
IV.	Inscription	11-16
V.	Informations contenues dans l'inscription	17-30
VI.	Obligations du créancier garanti	31-32
VII.	Recherches	33-34
VIII.	Frais	35

I. Généralités

Article 1: Définitions

1. Aux fins du présent Règlement:

a) Le terme "adresse" désigne un nom de rue et un numéro dans cette rue, une ville, un code postal et un État, et peut comporter un numéro de boîte postale et une adresse de courrier électronique;

b) Le terme "avis" désigne une communication écrite présentée (sur papier ou par voie électronique) au Registre aux fins d'effectuer une inscription ou de modifier ou supprimer des informations figurant dans le fichier du Registre[1];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le* Guide *utilise: a) le terme "avis" au sens de communication (par exemple, sur un formulaire ou sur écran) servant à transmettre des informations au Registre; b) les expressions "informations figurant dans un avis" ou "teneur de l'avis" (voir recommandations 54 d) et 57); et c) le terme "fichier du Registre" au sens d'information dans un avis une fois que cette information a été acceptée par les services du Registre et saisie dans la base de données du Registre*

[1] Voir le terme "avis" à la section B de l'introduction du *Guide*, portant sur la terminologie et l'interprétation.

accessible au public (voir recommandation 70). Le projet de règlement type utilise ces termes et expressions dans le même sens.]

[c) Le terme "biens porteurs de numéros de série" désigne un véhicule automobile, une remorque, une maison mobile, un tracteur, un fuselage d'aéronef, un moteur d'aéronef, du matériel roulant ferroviaire, un bateau, un moteur de bateau.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le sens exact des termes "véhicule automobile", "fuselage d'aéronef", "moteur d'aéronef" et des autres types de biens porteurs de numéros de série sus-indiqués devrait être laissé à la loi de chaque État adoptant ou si des définitions indicatives devraient être ajoutées ici. Il voudra peut-être aussi examiner si le terme "numéro de série" devrait être défini par référence au numéro de série attribué à un bien non seulement par un fabricant mais aussi par une autorité publique. Les définitions c) et k) (ainsi que les articles du projet de règlement type qui s'y rapportent) sont entre crochets parce que la loi recommandée dans le* Guide *ne mentionne pas l'indexation des numéros de série (à l'inverse du commentaire du* Guide*, voir chap. IV, par. 31 à 36). Comme un certain nombre d'États ont recours à l'indexation par numéro de série, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait de s'y référer uniquement dans le commentaire du projet de guide sur le Registre ou également dans le projet de règlement type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également mettre en avant d'autres questions traitées dans le projet de règlement type mais pas dans les recommandations du* Guide *et examiner si ces questions devraient être traitées dans le projet de règlement type.*]

d) Le terme "fichier du Registre" désigne les informations saisies et conservées sous forme électronique dans la base de données du Registre ou manuellement dans les fichiers papier du Registre;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si les termes suivants devraient être définis dans le projet de règlement type ou expliqués comme suit dans le commentaire du projet de guide sur le Registre:*

Le terme "logique de recherche officielle" désigne le programme appliqué par un système de registre aux critères de recherche fournis par la personne effectuant une recherche pour retrouver des informations dans le fichier du Registre. [Ce terme n'apparaît pas dans le projet de règlement type car le système de registre applique automatiquement la logique de recherche officielle et la personne effectuant la recherche ne peut qu'utiliser le bon critère de recherche.]

Le terme "Registre" désigne l'ensemble des aspects du bureau d'inscription, notamment le personnel, l'équipement, les logiciels et le matériel informatique nécessaires pour traiter, conserver et administrer les informations contenues dans les avis.

Le terme "services du Registre" englobe les inscriptions, les recherches, les documents du registre, tels que les attestations de recherche, et […].

Le terme "système de registre" désigne les processus et procédures (si les opérations se font manuellement) ainsi que les logiciels et le matériel informatique (si les opérations se font par voie électronique) nécessaires pour traiter, conserver, retrouver et gérer le fichier du Registre.]

e) Le terme “identifiant” désigne un code d’identification attribué par le Registre à un utilisateur du Registre conformément au présent Règlement;

f) Le terme “inscription” désigne la saisie dans le fichier du Registre d’informations figurant dans un avis et englobe, lorsque le contexte s’y prête, la modification et la radiation d’informations figurant dans le fichier du Registre;

g) Le terme “Loi” désigne la loi régissant les sûretés réelles mobilières;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire du projet de guide sur le Registre expliquera que le projet de règlement type a été élaboré en tenant compte de la loi recommandée dans le* Guide.]

h) Le terme “modification” désigne l’ajout, la suppression ou le changement d’informations dans le fichier du Registre;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des exemples de modifications devraient être proposés dans le projet de règlement type ou dans le commentaire du projet de guide sur le Registre. Quelques exemples pourraient être cités: a) la prorogation de la durée de validité d’une inscription (renouvellement d’une inscription); b) la suppression d’un créancier garanti, si deux créanciers garantis ou plus sont identifiés dans l’avis inscrit; c) l’ajout d’un créancier garanti; d) la suppression d’un constituant, si deux constituants ou plus sont identifiés dans l’avis inscrit; e) l’ajout d’un constituant; f) la suppression de biens grevés; g) la modification de l’identifiant du constituant; h) la modification de l’identifiant du créancier garanti; i) la cession de l’obligation garantie par le créancier garanti; j) la cession de rang par le créancier garanti; k) la subrogation du droit du créancier garanti; l) le changement d’adresse d’un constituant ou d’un créancier garanti; et m) la modification du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée (le cas échéant).*]

i) “Le terme “mot de passe” désigne un code confidentiel, notamment un code alphanumérique, délivré par le Registre ou sous son autorité;

j) Le terme “numéro de l’inscription” désigne un numéro unique attribué par le Registre à chaque inscription et définitivement associé à celle-ci;

[k) Le terme “numéro de série” désigne:

i) Dans le cas d’un véhicule automobile, le numéro d’identification du véhicule estampillé sur le châssis ou apposé à celui-ci par le fabricant;

ii) Dans le cas d’un fuselage d’aéronef et d’un moteur d’aéronef, la nationalité du moment, la nationalité prévue si elle est différente et les immatriculations attribuées conformément à la Convention relative à l’aviation civile internationale (1944) par l’autorité pertinente, ainsi que le numéro de série et l’identifiant modèle du fabricant; et

iii) Dans le cas d’une remorque, d’une maison mobile, d’un tracteur, de matériel roulant ferroviaire, d’un bateau ou d’un moteur de bateau, le numéro de série estampillé ou apposé par le fabricant [et tout numéro de série attribué par une autorité publique]; et

l) Le terme "personne procédant à l'inscription" désigne la personne qui soumet un avis au Registre aux fins d'effectuer une inscription, de la modifier ou d'y mettre fin.

2. Sous réserve du paragraphe 1, les définitions figurant dans la loi s'appliquent aussi au présent Règlement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 2 a vocation à appliquer la décision prise par le Groupe de travail à sa dix-huitième session, à savoir que la terminologie du* Guide *devrait être intégrée aux définitions du projet de règlement type (voir A/CN.9/714, par. 32 a)). Le Groupe de travail voudra peut-être noter également que si les règlements peuvent en principe être mis à jour régulièrement, le sens exact des termes "identifiant" et "mot de passe" peuvent être laissés aux licences d'utilisateurs.*]

II. Création et fonctionnement d'un registre

Article 2: Création d'un Registre

[Le Ministère de …] [autre entité juridiquement compétente] crée un Registre des sûretés réelles mobilières aux fins de recevoir, conserver et tenir à la disposition du public des informations relatives aux sûretés réelles mobilières conformément à la Loi et au présent Règlement.

Article 3: Nomination du conservateur du Registre et du conservateur adjoint

1. [Le Ministère de …] [autre entité juridiquement compétente] nomme un conservateur.

2. Le [Ministère] [conservateur] nomme un ou plusieurs conservateurs adjoints.

Article 4: Obligations et pouvoirs du conservateur et du conservateur adjoint

1. Le conservateur supervise et administre le fonctionnement du Registre conformément à la Loi et au présent Règlement. Il a les obligations et pouvoirs supplémentaires spécifiés par [le Ministère de …] [autre entité juridiquement compétente] et compatibles avec la Loi et le présent Règlement.

2. Le conservateur adjoint a les mêmes obligations et pouvoirs que le conservateur mais agit sous la direction et la supervision de ce dernier.

3. Le Registre fournit des services visés dans la Loi et le présent Règlement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le paragraphe 3 ou un article distinct devraient préciser le rôle du Registre sur la base des recommandations 54 d), 55 b) et d) et des articles 14-1, 15-3 et 17-2. Le Règlement gagnerait ainsi en clarté et en transparence pour ce qui est du rôle du Registre. L'inconvénient serait qu'une telle liste pourrait ne pas être exhaustive ou être inutilement limitative. Une autre solution serait de conserver le paragraphe 3 et d'expliquer le rôle du Registre dans le commentaire du projet de guide sur le Registre. Le Groupe de travail voudra*

peut-être également examiner si le commentaire du projet de guide sur le Registre devrait s'intéresser à l'organisation interne du Registre.]

Article 5: Accès du public aux services du Registre

Toute personne a le droit d'avoir accès aux services du Registre conformément à la Loi et au présent Règlement.

Article 6: Horaires de fonctionnement du Registre

1. Chaque bureau du Registre est ouvert au public aux jours et heures fixés pour ce bureau. Les lieux des bureaux du Registre et leurs heures d'ouverture sont publiés sur le site Web du Registre et affichés à chaque bureau.

2. L'accès électronique aux services du Registre est généralement ouvert 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2 du présent article, le Registre peut suspendre complètement ou partiellement l'accès aux services du Registre pour en assurer la maintenance ou lorsque surviennent des circonstances qui en rendent l'accès impossible ou difficile. Cette suspension de l'accès aux services du Registre et sa durée sont annoncées sur le site Web du Registre et dans les bureaux du Registre.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans le cas d'un Registre électronique, l'accès aux services peut être suspendu automatiquement (par exemple, lorsque le réseau Internet est défaillant et qu'il n'est plus possible d'effectuer des recherches et inscriptions électroniques).*]

Article 7: Responsabilité du Registre

Option A

1. Le Registre est responsable de la perte ou du dommage causés à l'utilisateur par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche [due à une [négligence] [faute lourde] de la part du Registre].

2. Si l'utilisateur du Registre dispose d'un accès direct aux services du Registre, la responsabilité du Registre se limite à la perte ou au dommage causés à l'utilisateur par une défaillance du système [due à une [négligence] [faute lourde] de la part du Registre].

3. Le montant total maximum des réparations dues dans le cadre d'une action donnée est de […]. Une réclamation ne peut être soumise que jusque […] après la survenance de la perte ou du dommage.

Option B

Le Registre n'est pas responsable de la perte ou du dommage causés à l'utilisateur du Registre par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche [sauf si elle est imputable à une [faute lourde] [malveillance] de la part du Registre].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 7 est destiné à refléter la recommandation 56, qui laisse à chaque État adoptant le soin de décider de l'existence et de l'étendue de la responsabilité du Registre. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver l'article 7 et, dans l'affirmative, s'il convient de conserver l'option A, l'option B ou les deux. S'il décide de conserver l'option A, il souhaitera peut-être examiner si certaines responsabilités du Registre prévues aux paragraphes 1 et 2 devraient être restreintes aux actes ou omissions dus à une négligence ou à une faute lourde. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si le délai de prescription prévu au paragraphe 3 devrait être aligné sur celui fixé dans les lois sur la prescription des États exploitant le Registre ou sur la période pendant laquelle les informations relatives à l'inscription doivent être conservées dans le fichier du Registre. Si le Groupe de travail décide que l'option A doit être conservée, il peut y adjoindre un commentaire disant que le texte donne à titre indicatif un exemple de disposition sur la responsabilité que chaque État adoptant devra compléter ensuite conformément à ses lois sur la responsabilité contractuelle (s'il y a une licence d'utilisateur) ou la responsabilité délictuelle. Si le Groupe de travail décide de conserver les deux options A et B, le commentaire du projet de guide sur le Registre pourrait expliquer que, dans certains États, il n'existe pas de responsabilité du Registre, tandis que dans d'autres États où existe cette responsabilité la Loi précise le fondement de la responsabilité (par exemple, défaillance du matériel informatique ou des logiciels du Registre). Dans certains États où existe cette responsabilité, la Loi fixe une limite au montant des réparations dues à une personne qui a subi une perte ou un dommage, ainsi qu'un délai au terme duquel aucune réclamation n'est plus admise.*]

III. Services du Registre

Article 8: Accès aux services du Registre

1. La personne qui soumet une demande par un moyen de communication autorisé (par exemple, papier ou électronique) a le droit d'avoir accès aux services conformément au présent Règlement et aux conditions d'utilisation du Registre, si elle a:

a) Payé le montant correspondant au service demandé ou pris d'autres dispositions pour payer les frais de Registre prescrits à l'article 35;

b) Identifié le constituant d'une manière suffisante pour permettre l'indexation, comme le prévoit le présent Règlement; et

c) Fourni toute autre information requise par la Loi, comme le prévoit le présent Règlement.

2. Le Registre attribue un identifiant et un mot de passe à la personne visée au paragraphe 1 du présent article, pour autant:

a) Que des dispositions aient été prises pour le paiement des frais prescrits par le présent Règlement;

b) Qu'une preuve de l'identité de cette personne lui ait été apportée; et

c) Que la personne ait conclu un accord d'utilisation avec le Registre [ou accepté les conditions d'utilisation].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que: a) le paragraphe 1 est destiné à refléter l'alinéa c) de la recommandation 54; b) le commentaire du projet de guide sur le Registre expliquera que l'alinéa c) du paragraphe 1 renvoie, par exemple, à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 10 du projet de règlement type, selon lequel les informations figurant dans un avis ou dans une demande de recherche doivent être compréhensibles, lisibles, et en tous autres points satisfaire aux exigences du projet de règlement type; et c) le paragraphe 2 comporte comme élément supplémentaire l'accord d'utilisation, qui est d'usage fréquent et n'entre pas en contradiction avec l'alinéa c) de la recommandation 54.*]

Article 9: Inscriptions et demandes de recherche

1. Une personne peut inscrire des informations dans un avis sans devoir fournir au Registre la preuve:

a) Qu'elle est celle à qui le Registre a, selon l'accord d'utilisation, attribué l'identifiant et le mot de passe qu'elle a saisis; ou

b) Que l'inscription des informations dans l'avis est autorisée.

2. L'inscription d'informations dans un avis par une personne utilisant l'identifiant et le mot de passe attribués par le Registre est réputée de manière concluante avoir été effectuée par la personne à qui ils ont été attribués.

3. Toute personne peut demander au Registre un résultat de recherche conformément au présent Règlement et aux conditions d'utilisation du Registre sans avoir à motiver sa recherche.

Article 10: Rejet d'une inscription ou d'une demande de recherche

1. Le Registre peut rejeter une inscription ou une demande de recherche lorsqu'une disposition de la Loi ou du présent Règlement relative aux inscriptions n'a pas été respectée et en particulier lorsque:

a) L'avis ou la demande de recherche ne sont pas communiqués au Registre par l'un des moyens de communication autorisés; ou

b) Les informations contenues dans l'avis ou dans la demande de recherche sont incompréhensibles et illisibles ou ne respectent pas les dispositions du présent Règlement sur l'accès aux services du Registre.

2. Un message expliquant les motifs du rejet sont envoyés dès que possible à la personne qui souhaitait procéder à l'inscription ou à la recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que: a) l'article 10 traite de la question de savoir si le Registre peut rejeter une demande d'inscription (ou de recherche); et b) l'article 16 traite de la question de savoir si le Registre peut retirer du fichier des informations déjà inscrites. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ces deux questions devraient être traitées dans le même article. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si l'article 10 devrait préciser que le Registre pourrait rejeter des*

demandes non conformes présentées sur papier, alors qu'un registre électronique sera conçu de telle manière qu'il rejettera automatiquement les demandes non conformes. Le Groupe de travail voudra peut-être enfin noter que le commentaire du projet de guide sur le Registre expliquera que, dans le cas d'un registre électronique, les raisons pour lesquelles l'inscription ou la recherche ont échoué apparaîtront immédiatement sur l'écran de l'utilisateur.]

IV. Inscription

Article 11: Date et heure de l'inscription

1. Le Registre attribue à chaque avis inscrit une date et une heure d'inscription, ainsi qu'un numéro d'inscription.

2. L'inscription prend effet à la date et à l'heure auxquelles les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du Registre de façon à être accessibles aux personnes effectuant une recherche.

Article 12: Durée et renouvellement de la période d'effet de l'inscription

Option A

1. L'inscription est valable pour la durée précisée dans la Loi.

2. La période d'effet d'une inscription peut être prorogée d'une durée égale à la période initiale précisée dans la Loi, à tout moment avant l'expiration de l'inscription.

Option B

1. L'inscription est valable pour la durée indiquée dans l'avis[, ne dépassant pas [20] ans. Lorsque aucune durée n'est indiquée dans l'avis, elle est valable [5] ans].

2. La période d'effet d'une inscription peut être prorogée d'une durée indiquée dans l'avis de renouvellement, à tout moment avant l'expiration de l'inscription.

[3. [Qu'un État adopte l'option A ou l'option B], aux fins du calcul de la période d'effet de l'inscription, l'année commence à l'heure zéro du jour de l'inscription ou de la date anniversaire du jour de l'inscription.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'option A est pleinement conforme à la recommandation 69, tandis que l'option B intègre entre crochets des éléments examinés dans le* Guide *(voir les paragraphes 87 à 91 du chapitre IV) mais ne figurant pas dans la recommandation 69. La question abordée au paragraphe 3 pouvant être traitée différemment dans les différents États, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le paragraphe 3 devrait être conservé ou supprimé et si la question devrait être laissée au droit commun, assortie d'explications appropriées dans le commentaire.*]

Article 13: Moment de l'inscription

L'inscription d'une sûreté peut se faire avant ou après sa constitution ou la conclusion de la convention constitutive.

Article 14: Inscription de sûretés multiples découlant de plusieurs conventions constitutives

Une inscription peut porter sur une ou plusieurs sûretés découlant d'une ou plusieurs conventions constitutives conclues entre les mêmes parties.

Article 15: Indexation des informations inscrites

1. Les informations saisies dans le fichier du Registre sont indexées suivant l'identifiant du constituant conformément au présent Règlement.

[2. Les informations relatives à des sûretés sur des biens porteurs de numéros de série sont indexées suivant le numéro de série du bien et de l'identifiant du constituant, conformément au présent Règlement.]

3. Toutes les modifications et radiations sont indexées de telle sorte qu'elles sont associées au numéro d'inscription initial.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que les recommandations du* Guide *ne se réfèrent pas au numéro de série en tant que critère d'indexation et de recherche (même si le commentaire le fait, voir* Guide*, chapitre IV, paragraphes 31 à 36), et n'exigent pas non plus que le Registre attribue un numéro d'inscription. Compte tenu du large usage et de l'importance de l'indexation par numéro de série (en plus de l'indexation par constituant), qui améliore grandement la fiabilité et la facilité de l'indexation et de la recherche, elle figure au paragraphe 2 entre crochets pour que le Groupe de travail examine la question. Une autre question qui n'est pas abordée dans les recommandations du* Guide *et que le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner en raison de son importance pour le bon fonctionnement d'un Registre est celle de déterminer si les avis doivent aussi être indexés de telle manière que le personnel du Registre puisse les retrouver dans le fichier du Registre en saisissant l'identifiant du créancier garanti aux fins de recherches internes et de modifications globales (voir article 28).*]

Article 16: Modification, ajout ou retrait d'informations dans le fichier du Registre

1. Le Registre ne peut modifier ni ajouter aucune information dans le fichier du Registre.

2. Le Registre peut retirer des informations du fichier du Registre uniquement:

a) À l'expiration de la période d'inscription; ou

b) Après inscription d'un avis de radiation.

3. Les informations retirées du fichier du Registre doivent être archivées durant [20] ans de manière telle que le Registre puisse retrouver les informations qui y figuraient.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que certains systèmes juridiques permettent au Registre de retirer des informations du fichier dans certaines situations, notamment lorsque ces informations sont futiles, vexatoires, offensantes et contraires à l'intérêt public. Dans ces systèmes, le Registre peut aussi restaurer des informations retirées à tort*

ou corriger des erreurs qu'il a commises. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette question, et déterminer si elle devrait être abordée dans le projet de règlement type ou dans le commentaire du projet de guide sur le Registre.]

V. Informations contenues dans l'inscription

Article 17: Responsabilité s'agissant des informations figurant dans un avis

1. Il incombe à la personne procédant à l'inscription de s'assurer que les informations contenues dans l'avis sont exactes et complètes.

2. Le Registre n'est pas tenu de vérifier l'identité de la personne procédant à l'inscription, l'exactitude ou le caractère juridiquement suffisant des informations figurant dans l'avis, de déterminer si une inscription a été autorisée ni de procéder à un examen approfondi de l'avis.

Article 18: Informations requises dans un avis

1. Pour saisir des informations dans le fichier du Registre, la personne procédant à l'inscription est tenue de fournir dans les champs appropriés d'un avis les informations suivantes:

a) L'identifiant et l'adresse du constituant, conformément aux articles 19 à 21;

b) L'identifiant et l'adresse du créancier garanti ou de son représentant, conformément à l'article 22;

c) Une description des biens grevés, conformément aux articles 23 à 26;

d) La durée de validité de l'inscription, conformément à l'article 12[2][; et

e) Le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée][3].

2. Les informations figurant dans l'avis doivent être exprimées dans la ou les langues officielles de l'État adoptant.

3. S'il y a plus d'un constituant, les informations requises doivent être fournies séparément pour chacun d'eux.

4. Aux fins des articles 19 à 22, les identifiants du constituant et du créancier garanti sont déterminés au moment de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Registre devrait pouvoir s'appuyer sur un ensemble de règles de translitération des noms comportant des caractères étrangers dans l'alphabet correspondant à la langue officielle ou aux langues officielles de l'État adoptant. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner s'il suffirait d'inclure dans le commentaire du projet de guide sur le Registre une formule conservant d'autres conventions de formation des noms de l'État adoptant, ou si cette formule devrait être incluse dans le projet de règlement type.*]

---

[2] Si la Loi le permet, voir *Guide*, recommandation 69.

[3] Si la Loi le permet (voir recommandation 57 d)).

Article 19: Informations relatives au constituant (personne physique)

1. Aux fins de l'article 18, si le constituant est une personne physique, son identifiant est:

Option A

Le numéro d'identification personnel qui lui a été attribué par l'État adoptant.

Option B

Le nom mentionné dans un document officiel, tel qu'une carte d'identité, un permis de conduire ou un passeport, qui lui a été délivré par l'État adoptant.

Option C

Le numéro d'identification personnel ou le nom mentionné dans un document officiel qui lui a été délivré par l'État adoptant. Si le constituant n'est pas un résident de l'État adoptant, son identifiant est son nom de famille suivi du premier prénom et, le cas échéant, du deuxième, ainsi que de sa date de naissance, telle que mentionnés dans un document officiel qui lui a été délivré par l'État adoptant;

2. Aux fins de l'article 18 et du paragraphe 1 du présent article:

a) Si le nom du constituant comporte trois prénoms, son identifiant mentionne les deux premiers prénoms; et

b) Si le nom du constituant consiste en un seul mot, son identifiant consiste en ce seul mot, considéré comme nom de famille.

3. Aux fins de l'article 18 et du paragraphe 1 du présent article, l'identifiant du constituant est déterminé conformément aux règles suivantes:

a) Si le constituant est né dans l'État adoptant et si sa naissance y a été enregistrée auprès d'une administration responsable de l'enregistrement des naissances, son identifiant est le nom qui apparaît sur le certificat de naissance ou le document équivalent délivré par cette administration;

b) Si le constituant est né dans l'État adoptant mais si sa naissance n'y a pas été enregistrée, son identifiant est le nom qui apparaît sur un passeport en cours de validité qui lui a été délivré par les autorités de l'État adoptant;

c) Si le constituant n'a pas de passeport en cours de validité délivré par l'État adoptant, son identifiant est le nom qui apparaît sur un document officiel, tel qu'une carte d'identité ou un permis de conduire, qui lui a été délivré par l'État adoptant;

d) Si le constituant n'est pas né dans [l'État adoptant] mais en est citoyen, son identifiant est le nom qui apparaît sur son certificat de nationalité;

e) Si le constituant n'est pas né dans l'État adoptant et n'en est pas citoyen, son identifiant est le nom qui apparaît sur un passeport en cours de validité délivré par les autorités de l'État dont il est citoyen;

f) Si le constituant n'a pas de passeport en cours de validité, son identifiant est le nom qui apparaît sur le certificat de naissance ou le document équivalent qui lui a été délivré par l'administration de son lieu de naissance;

g) Dans les cas non visés aux alinéas a) à f) du présent paragraphe, l'identifiant du constituant est le nom qui apparaît sur deux documents officiels, tels qu'une carte d'identité, un permis de conduire ou un passeport, qui lui ont été délivrés par l'État adoptant.

4. Si le constituant est une personne physique, l'adresse du constituant est celle [saisie dans l'avis par la personne procédant à l'inscription] [mentionnée dans la convention constitutive de sûreté] [mentionnée dans un document officiel tel qu'une carte d'identité, un permis de conduire ou un passeport] au moment de l'inscription.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que: a) au paragraphe 1, dans le cas de l'option C, le Registre disposerait d'un index numérique et d'un index nominatif, et les personnes effectuant des recherches devraient être en mesure d'utiliser l'un ou l'autre des critères d'indexation; b) le paragraphe 4 a été inséré pour que le Groupe de travail examine la question de l'adresse du constituant; et c) l'adresse du constituant et celle du créancier garanti ou de son représentant doivent figurer au fichier mais ne doivent pas être nécessairement faire partie de l'identifiant, sauf si des informations supplémentaires sont nécessaires pour identifier le créancier garanti, son représentant ou le constituant.*]

Article 20: Informations relatives au constituant (personne morale)

1. Aux fins de l'article 18, si le constituant est une personne morale, son identifiant est:

Option A

Le numéro d'inscription qui lui a été attribué par l'État adoptant conformément à la loi sur […].

Option B

Son nom d'entité, tel qu'il apparaît dans les registres publics.

Option C

a) Le numéro d'inscription qui lui a été attribué par [l'État adoptant] [l'État sous l'autorité duquel le Registre est organisé] conformément à la loi sur […]; ou

b) Son nom d'entité, exactement tel qu'il apparaît dans les registres publics,

Option A

Y compris l'abréviation indiquant le type de société, telle que "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas;

Option B

À l'exclusion de l'abréviation indiquant le type de société, telle que "EURL", "SARL", "SA", "SAS", "SASU", selon les cas.

2. Si le constituant est une personne morale, son adresse est celle [saisie par la personne procédant à l'inscription dans l'avis inscrit] [mentionnée dans la

convention constitutive de sûreté] [qui apparaît dans les registres publics] au moment de l'inscription.

Article 21: Informations relatives au constituant (autres)

1. Aux fins de l'article 18:

a) Si le constituant est la succession d'une personne décédée, l'identifiant est le nom de cette personne indiqué conformément à l'article 19 et il est précisé dans un champ distinct qu'il s'agit d'une succession;

b) Si le constituant est une organisation syndicale qui n'est pas une personne morale, l'identifiant est le nom du syndicat mentionné dans son document constitutif auquel s'ajoute le nom de chaque personne la représentant dans l'opération qui donne lieu à l'inscription, indiqué conformément à l'article 19;

c) Si le constituant est une fiducie et si le document constitutif de celle-ci en précise le nom, l'identifiant est le nom de la fiducie et du fiduciaire conformément à l'article 19, et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est un fiduciaire;

d) Si le constituant est un fiduciaire agissant pour une fiducie et si le document constitutif de la fiducie ne précise pas le nom de cette dernière, l'identifiant du constituant est le [numéro d'identification] [nom] du fiduciaire, conformément aux dispositions relatives à la saisie du nom du constituant personne physique, et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est un fiduciaire;

e) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne physique, l'identifiant du constituant est le nom de la personne insolvable, conformément à l'article 19, et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est insolvable;

f) Si le constituant est un représentant de l'insolvabilité agissant pour une personne morale, l'identifiant du constituant est le nom de la personne morale insolvable, conformément à l'article 20, et il est précisé dans un champ distinct que le constituant est insolvable;

g) Si le constituant fait partie d'un consortium ou d'une coentreprise, l'identifiant du constituant est le nom du consortium ou de la coentreprise tel qu'il apparaît dans l'acte constitutif et le nom de chaque participant, conformément à l'article 19 ou 20, selon le cas;

h) Si le constituant fait partie d'une entité autre que celles visées aux alinéas précédents, l'identifiant du constituant est le nom de l'entité figurant dans l'acte constitutif et le nom de chaque personne physique représentant l'entité dans l'opération sur laquelle porte l'inscription, conformément à l'article 19.

2. Aux fins du présent article, un représentant (autre qu'un représentant de l'insolvabilité) est une personne physique qui est habilitée à engager la personne morale, ses dirigeants ou ses membres, et ayant exercé son pouvoir en relation avec l'opération sur laquelle porte l'inscription.

3. L'adresse du constituant des types mentionnés dans le présent article est l'adresse [saisie par la personne procédant à l'inscription dans l'avis inscrit] [mentionnée dans la convention constitutive] [mentionnée dans un document officiel

tel que carte d'identité, permis de conduire ou passeport] au moment de l'inscription.

Article 22: Informations relatives au créancier garanti

1. Aux fins de l'article 18:

a) Si le créancier garanti est une personne physique, son identifiant est son nom, conformément à l'article 19;

b) Si le créancier garanti est une personne morale, son identifiant est son nom, conformément à l'article 20; et

c) Si le créancier garanti est une personne ou une entité décrite à l'article 21, l'identifiant du créancier garanti est le nom de celle-ci, conformément à l'article 21.

2. Si la personne procédant à l'inscription saisit, au lieu de l'identifiant et de l'adresse du créancier garanti, ceux d'un représentant du créancier garanti auquel on peut s'adresser pour toute question concernant l'inscription, le paragraphe 1 du présent article s'applique à l'identifiant du représentant du créancier garanti.

3. Si le créancier garanti est une personne physique, son adresse est celle [saisie par la personne procédant à l'inscription dans l'avis inscrit] [mentionnée dans la convention constitutive] [mentionnée dans un document officiel tel que carte d'identité, permis de conduire ou passeport] au moment de l'inscription. Si le créancier garanti est une personne morale, son adresse est celle [saisie par la personne procédant à l'inscription dans l'avis inscrit] [mentionnée dans la convention constitutive] [qui apparaît dans les registres publics].

Article 23: Description des biens grevés

1. Aux fins de l'article 18, la description des biens grevés figurant dans l'avis peut être spécifique ou générique pour autant qu'elle soit suffisamment précise pour les identifier. Cette règle s'applique aussi aux produits.

2. Sauf disposition contraire de la Loi, une description générique renvoyant à l'ensemble des biens d'une catégorie de biens meubles ou à l'ensemble des biens meubles du constituant désigne les biens de cette catégorie sur lesquels le constituant acquiert des droits à tout moment de la période d'effet de l'inscription.

3. Des informations complémentaires peuvent être fournies sous la forme d'une annexe pour mieux décrire les biens et leur emplacement, ou si un espace complémentaire est nécessaire.

[**Article 24: Description des biens grevés porteurs de numéros de série**

Aux fins de l'article 18, si les biens grevés sont des biens porteurs de numéros de série autres que ceux que le constituant détient à titre de stock, la description des biens porteurs de numéros de série dans l'avis suffit si elle est conforme à l'article 23 et si en outre les numéros de série des biens sont indiqués dans l'avis.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de conserver cet article. Dans l'affirmative, il voudra peut-être noter que les États adoptants qui décideront d'instituer*

l'indexation et la recherche par numéro de série devront déterminer à quel type de bien s'applique cette fonction et quel critère d'identification alphanumérique devrait être précisé pour chaque catégorie de biens. L'État adoptant devra aussi tenir compte des régimes dont il dispose déjà pour l'inscription de droits de propriété sur certaines de ces catégories de biens, ainsi que des régimes internationaux, notamment les registres de fuselages d'aéronefs, de moteurs d'aéronefs et de matériel roulant ferroviaire établis en application de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap). S'agissant de l'alinéa b) de cette disposition et de la définition du terme "numéro de série", le Groupe de travail voudra peut-être noter que des parties autres que le fabricant peuvent fournir ou délivrer le numéro de série (par exemple, un organisme public).]

Article 25: Description de biens grevés attachés à un bien immeuble

1. Aux fins de l'article 18, si les biens grevés sont des biens meubles corporels qui sont ou vont devenir des biens attachés à un bien immeuble, la description des biens dans l'avis est suffisante si elle est conforme à l'article 23 et si elle comporte en outre une description du bien immeuble auquel les biens meubles sont ou seront attachés, [satisfaisant aux règles d'enregistrement des biens immeubles de l'État adoptant] [renvoyant au numéro de parcelle inscrit au registre des biens immeubles de l'État adoptant].

2. La personne procédant à l'inscription peut inscrire un avis relatif à une sûreté sur des biens meubles corporels attachés à un bien immeuble au bureau d'enregistrement des biens immeubles de l'État adoptant, en soumettant à ce bureau un avis contenant:

a) Les identifiants du constituant et du créancier garanti conformément aux articles 19 à 22;

b) Une description des biens meubles corporels conformément à l'article 23;

c) Une description du bien immeuble auquel les biens meubles sont ou seront attachés, [satisfaisant aux règles d'enregistrement des biens immeubles de l'État adoptant] [renvoyant au numéro de parcelle inscrit au registre des biens immeubles de l'État adoptant];

d) L'identifiant du propriétaire du bien immeuble, tel qu'il apparaît dans le fichier du registre des biens immeubles, s'il diffère de celui du constituant;

[e) Une déclaration précisant en nombre d'années entières la période d'effet prévue de l'inscription de l'avis[4]; et

f) Une déclaration précisant le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée][5].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la description complémentaire du bien immeuble visée au paragraphe 1 devrait être exigée dans tous les cas ou seulement lorsque l'avis doit*

---

[4] Si la loi sur les droits réels grevant les biens immeubles le permet.

[5] Si la Loi le permet (voir recommandation 57 d)).

être inscrit au registre des biens immeubles (voir paragraphe 2). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que, si cet article ne vise pas explicitement des récoltes ou autres biens similaires, il peut néanmoins s'appliquer à ces biens si l'État les considère comme des biens attachés à des biens immeubles.]

Article 26: Incidence des omissions et des erreurs sur la prise d'effet de l'inscription

1. Une inscription n'a effet que si elle identifie correctement le constituant conformément aux articles 19 à 21 ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche effectuée dans le fichier du Registre à partir de l'identifiant correct du constituant permet de retrouver les informations de l'avis.

[2. L'inscription concernant un bien porteur de numéro de série n'a effet que si elle fournit le numéro de série correct conformément à l'article 24 ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche effectuée dans le fichier du Registre à partir du numéro de série correct permet de retrouver les informations de l'avis. Une inscription n'est dépourvue d'effet qu'en ce qui concerne le bien porteur de numéro de série dont l'identification est incorrecte et cette invalidation n'influe en rien sur la validité de l'inscription d'autres biens décrits dans le même avis.]

3. Sous réserve des dispositions [du paragraphe 1] [des paragraphes 1 et 2] du présent article, une erreur ou une lacune dans les informations devant être saisies dans le fichier du Registre conformément au présent Règlement ou dans la manière de les saisir n'invalide pas l'inscription, sauf si elle induit gravement en erreur une personne effectuant raisonnablement sa recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire du projet de guide sur le Registre donnera des exemples de vices, omissions ou lacunes induisant gravement en erreur.*]

Article 27: Modification de l'inscription

1. Pour modifier les informations figurant dans un avis inscrit, la personne ayant procédé à l'inscription doit fournir dans un avis de modification ultérieur les informations suivantes:

a) Le champ dans lequel sont enregistrées les informations à modifier;

b) Le numéro d'inscription initial de l'avis inscrit où doit être apportée la modification;

c) L'objet de la modification (par exemple, ajouter, modifier ou supprimer des informations dans le fichier du Registre, inscrire une cession ou renouveler la période d'effet d'un avis inscrit);

d) S'il s'agit d'un ajout d'informations, les informations supplémentaires, selon les modalités prévues par le présent Règlement pour la saisie d'informations de ce type;

e) S'il s'agit d'une modification ou d'une suppression, les informations à modifier ou à supprimer et, en cas de modification, les nouvelles informations, selon les modalités prévues par le présent Règlement pour la saisie d'informations de ce type; et

f) L'identifiant du créancier garanti autorisant la modification.

2. Si la modification vise à signaler un transfert des biens grevés auxquels se rapporte l'avis, la personne procédant à l'inscription doit identifier le bénéficiaire du transfert en tant que constituant conformément aux articles 19 à 21.

3. Si le transfert ne porte que sur une partie des biens grevés décrits dans l'avis, la personne procédant à l'inscription doit identifier le bénéficiaire du transfert en tant que constituant conformément aux articles 19 à 21 et décrire la part des biens grevés transférés conformément à l'article 23.

4. Si la modification vise à signaler une cession de rang concernant la sûreté visée par l'avis inscrit, la personne procédant à l'inscription doit décrire la nature et l'étendue de la cession de rang et préciser l'identité du bénéficiaire, dans les champs prévus à cet effet.

5. Si la modification vise à signaler la cession d'une obligation garantie, la personne procédant à l'inscription doit fournir l'identifiant du cédant et celui du cessionnaire.

6. Sont sans effet les modifications consistant à supprimer l'ensemble des constituants, des créanciers garantis ou des biens grevés si ne sont pas fournis l'identifiant d'un nouveau constituant, l'identifiant d'un nouveau créancier garanti ou la description des biens grevés à ajouter à l'inscription, selon le cas.

7. Sous réserve de l'article 31, la personne procédant à l'inscription peut inscrire une modification à tout moment. L'inscription d'une modification ne prolonge pas la durée d'effet de l'inscription, sauf s'il s'agit d'un renouvellement.

8. Une modification prend effet à la date et à l'heure où les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du Registre de sorte qu'elles sont accessibles aux personnes y effectuant une recherche.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une modification de l'identifiant d'un constituant sera indexée par l'ajout du nouvel identifiant, comme s'il s'agissait d'un nouveau constituant. L'inscription pourra être retrouvée aussi bien à partir de l'ancien identifiant du constituant qu'à partir du nouveau. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner s'il conviendrait de mettre un place un mécanisme d'identification des différentes versions d'une inscription. Par exemple, une inscription initiale pourrait se voir attribuer le numéro 12345-01, la première modification le numéro 12345-02, la troisième le numéro 12345-03 et ainsi suite. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si, dans le cas du transfert du bien grevé (voir par. 3), le bénéficiaire du transfert devrait être identifié comme le nouveau constituant remplaçant le constituant existant ou si les deux identifiants, celui de l'auteur et celui du bénéficiaire du transfert, devraient rester dans le fichier du Registre accessible au public. Dans le premier cas, la fiabilité du Registre serait accrue et le résultat des recherches simplifié mais une recherche effectuée à partir de l'identifiant de l'auteur du transfert ne fournirait pas les informations figurant dans l'avis initialement inscrit. Dans le deuxième cas, les informations du fichier seraient plus complètes mais perdraient en fiabilité et en simplicité.*]

[**Article 28: Modification globale des informations relatives au créancier garanti**

Un créancier garanti identifié dans plusieurs avis inscrits peut:

a) Modifier les informations relatives au créancier garanti dans l'ensemble de ces avis, conformément à l'article 27; ou

b) Demander au Registre de modifier les informations relatives au créancier garanti dans l'ensemble de ces inscriptions.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 28 apparaît entre crochets dans l'attente de sa décision sur l'éventuelle existence d'un index des créanciers garantis aux fins de recherches internes du personnel du Registre (voir note à l'article 15).*]

Article 29: Radiation de l'inscription

1. Pour radier une inscription, la personne y ayant procédé doit fournir dans l'avis de radiation les informations suivantes:

a) L'identifiant et le mot de passe de la personne ayant procédé à l'inscription;

b) Le numéro d'inscription de l'avis inscrit initial visé par l'avis de radiation; et

c) L'identifiant du constituant mentionné dans l'inscription initiale.

2. Lorsqu'une inscription est radiée, les informations pertinentes sont conservées dans le fichier du Registre avec une mention indiquant que l'inscription est radiée et n'est retirée du fichier du Registre qu'après sa date d'expiration.

3. Sous réserve de l'article 31, la personne ayant procédé à l'inscription peut radier l'inscription à tout moment.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'identifiant du constituant est nécessaire lorsque la personne procédant à l'inscription a eu accès au Registre (avec son identifiant et son mot de passe, qu'il s'agisse d'un système informatique ou papier) et dispose du numéro d'inscription pertinent.*]

Article 30: Copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation

1. Lorsqu'une inscription est effectuée, modifiée ou radiée par voie électronique, la personne procédant à l'inscription reçoit une copie imprimée ou électronique dès que les informations de l'avis sont saisies dans le fichier du Registre.

2. Lorsqu'une inscription est effectuée, modifiée ou radiée autrement que par voie électronique, le Registre est tenu d'envoyer sans délai une copie à la personne identifiée comme créancier garanti dans l'avis d'inscription, de modification ou de radiation, à l'adresse ou aux adresses qui y figurent.

3. La copie de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation [qui peut être sur papier ou électronique] contient les informations suivantes:

a) L'identifiant du créancier garanti;

b) L'identifiant du constituant;

c) La description des biens grevés;

d) La date et l'heure de l'inscription initiale, de sa modification ou de sa radiation, selon le cas; et

e) Le numéro de l'inscription initiale.

4. La personne ayant procédé à l'inscription envoie à chaque personne identifiée comme constituant dans l'inscription, dans les [30 jours qui suivent l'inscription], une copie [imprimée ou électronique] de l'avis d'inscription, de modification ou de radiation, sauf si cette personne a renoncé par écrit au droit de la recevoir.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 2 est plus conforme à l'alinéa d) de la recommandation 55 que le paragraphe 1. Toutefois, cette distinction entre l'inscription sur papier et l'inscription électronique correspond peut-être davantage à la pratique réelle. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si, lorsque la modification d'un avis donne une adresse différente de celle signifiée dans l'avis d'inscription initial, la copie devrait être envoyée à la fois à l'ancienne adresse et à la nouvelle adresse. L'envoi de la copie aux deux adresses augmente les chances que le créancier garanti la reçoive et vérifie l'exactitude des informations figurant dans l'avis de modification (mais augmente aussi les coûts dans un système papier). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, s'agissant de la renonciation aux droits visée au paragraphe 3 du présent article, l'autonomie des parties s'applique, conformément à la recommandation 10 du* Guide*, sauf disposition contraire. L'alinéa c) pertinent de la recommandation 55 ne fait pas partie des recommandations non sujettes à l'autonomie des parties, mais prévoit que le manquement du créancier garanti à cette obligation peut entraîner des pénalités et des dommages-intérêts. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une renonciation à ce droit du constituant devrait être proscrite, dans la mesure où l'envoi aux constituants de copies des avis inscrits est une caractéristique fondamentale du système de dépôt des avis et représente une importante protection pour le constituant*.]

VI. Obligations du créancier garanti

Article 31: Modification ou radiation obligatoire d'une inscription

1. La personne identifiée dans l'avis inscrit comme le créancier garanti est tenue de présenter au Registre un avis de modification ou de radiation, dans la mesure appropriée, au plus tard [15] jours après avoir reçu une demande écrite de la personne identifiée dans l'avis inscrit comme le constituant, si:

a) Aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue entre la personne identifiée comme le créancier garanti et la personne identifiée comme le constituant;

b) La sûreté sur laquelle porte l'inscription est éteinte du fait d'un paiement ou d'une autre manière; ou

c) Le constituant n'a pas autorisé l'inscription.

2. Aucune somme d'argent ne sera perçue ou acceptée à cette fin.

3. Si la personne identifiée dans l'avis inscrit comme le créancier garanti ne s'exécute pas en temps voulu, l'auteur de la demande est en droit de demander la radiation ou la modification par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée.

4. La personne identifiée dans l'avis inscrit comme le constituant est en droit de demander la radiation ou la modification par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée avant même l'expiration du délai prévu au paragraphe 1 à condition que des mécanismes adaptés soient en place pour protéger le créancier garanti.

5. Le Registre radie ou modifie l'avis inscrit dès qu'il reçoit une décision judiciaire ou administrative ordonnant la radiation ou la modification.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que: a) l'article 31 a été révisé pour mieux suivre la recommandation 72; et b) conformément à l'alinéa b) de la recommandation 72, il incombe au constituant de prouver que l'inscription doit être modifiée ou radiée. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si le commentaire du projet de guide sur le Registre devrait renvoyer à une solution différente retenue dans certains systèmes juridiques, selon laquelle l'avis inscrit est radié automatiquement si le créancier garanti ne répond pas à la demande en temps voulu. Cette façon de faire réduit la charge de travail du personnel du Registre et encourage le créancier garanti à répondre en temps voulu aux demandes de modification et de radiation. Compte tenu du fait que les créanciers garantis sont des parties dotées de moyens sophistiqués, le risque qu'une demande de modification ou de radiation passe inaperçue et que l'inscription soit radiée par inadvertance est insignifiant.*]

Article 32: Droit du constituant de demander des informations supplémentaires

1. La personne identifiée dans un avis inscrit comme le constituant peut demander par écrit que la personne identifiée dans l'avis inscrit comme le créancier garanti:

a) Précise par écrit s'il existe ou non une convention constitutive de sûreté entre le constituant et le créancier garanti à la date de la demande;

b) Approuve ou fournisse une liste des biens grevés à la date de la demande; et

c) Approuve ou fournisse une déclaration indiquant le montant de l'obligation garantie par la sûreté faisant l'objet de l'inscription à la date de la demande.

2. Si la personne identifiée dans l'avis inscrit comme le créancier garanti n'est plus le créancier garanti, elle doit fournir à la personne identifiée dans un avis inscrit comme le constituant l'identifiant et l'adresse de tout cessionnaire ou successeur, pour autant qu'il les connaisse.

3. L'auteur de la demande peut prier la personne identifiée dans l'avis inscrit comme le créancier garanti de remettre sa réponse à un tiers qu'il aura désigné.

4. La personne procédant à l'inscription a [15] jours après réception de la demande pour s'exécuter. Aucune somme d'argent ne sera perçue ou acceptée à cette fin.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations du* Guide *ne traitent pas de cette question et examiner s'il convient de conserver cet article. S'il est conservé, le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner si: a) le constituant devrait être en droit d'obtenir un nombre limité de réponses sans frais durant une période spécifiée; et b) le constituant serait en droit de demander des dommages-intérêts ou une autre réparation par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée.*]

VII. Recherches

Article 33: Critères de recherche

Une personne effectuant une recherche dans le fichier du Registre peut demander que soit utilisé l'un des critères de recherche suivants:

a) L'identifiant du constituant;

[b) Le numéro de série d'un bien porteur d'un tel numéro;] ou

c) Le numéro d'inscription initial.

Article 34: Résultats de recherche

1. Le résultat de recherche indique qu'aucune information ne correspondait au critère de recherche spécifié ou contient toutes les informations existant dans le fichier du Registre à la date et à l'heure de la recherche.

2. Le Registre délivre un certificat de recherche [papier] [électronique] fondé sur l'un des critères visés à l'article 33 à tout utilisateur du Registre qui en fait la demande et s'est acquitté des frais de recherche ou pris des dispositions en ce sens. Le certificat reflète le résultat de la recherche.

3. Le certificat de recherche est admissible comme élément de preuve devant une instance judiciaire et, en l'absence de preuve contraire, est une preuve concluante quant aux points qu'il atteste.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire du projet de guide sur le Registre expliquera que le concept du paragraphe 1 s'applique essentiellement au système papier, tandis qu'un système électronique comporterait des liens vers l'inscription complète telle qu'elle a été saisie dans le fichier du Registre.*]

VIII. Frais

Article 35: Frais s'appliquant aux services du Registre

Option A

1. [Sous réserve du paragraphe 2 du présent article], les frais suivants s'appliquent aux services du Registre:

a) Inscriptions:

i) Sur papier […];

ii) Électroniques […];

b) Recherches:

i) Sur papier […];

ii) Électroniques […];

c) Certificats:

i) Sur papier […];

ii) Électroniques.

[2. Si le Registre est exploité par l'État, ses services électroniques sont disponibles gratuitement.]

3. Le Registre peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une personne, conclure avec elle un accord créant un compte auprès du Registre aux fins du paiement des frais demandés.

Option B

Le Ministre de […] peut fixer par décret les frais et les méthodes de paiement aux fins du présent Règlement.

Option C

Les services du Registre sont gratuits.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à l'alinéa i) de la recommandation 54 du* Guide*, des frais peuvent être demandés ou non pour l'inscription et la recherche et que, si frais il y a, ils doivent viser à recouvrer les coûts, et non générer un profit. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une ou plusieurs des options exposées ci-dessus devraient être conservées. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être prendre en compte le fait que les services du Registre sont des services commerciaux qui ne devraient pas être payés par l'État (c'est-à-dire par les contribuables). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que, s'il est normalement facile de réviser des règlements, dans certains États, un décret peut être un moyen plus pratique de fixer les frais du Registre. Si le Groupe de travail adopte ou conserve l'option A comme une possibilité, il voudra peut-être aussi examiner si les frais devraient dépendre de la durée de l'inscription, afin de refléter plus aisément le coût du stockage des informations pertinentes. Le commentaire du projet de guide sur le Registre pourrait expliquer que l'article 35 vise à présenter quelques exemples possibles et que les États peuvent souhaiter mettre en œuvre différentes réglementations pour le paiement des frais du Registre.*]

IV. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 6-10 décembre 2010) (A/CN.9/715)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-8
III.	Délibérations et décisions	9
IV.	Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux	10-48
	A. Débat général	11-16
	B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2	17-22
	C. Interprétation uniforme et origine internationale: article 8 de la Loi type	23-25
	D. Reconnaissance	26-48
V.	Obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité	49-109
	A. Introduction	51-109
VI.	Aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	110-117

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue de la discussion, la Commission avait fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V selon laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité: a) l'interprétation et l'application

de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, deux thèmes actuellement importants; ainsi que sur: c) les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

II. Organisation de la session

3. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-neuvième session à Vienne du 6 au 10 décembre 2010. Y ont assisté des représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Malaisie, Mexique, Namibie, Ouganda, Philippines, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

4. Ont également assisté à la session les observateurs des États ci-après: Belgique, Croatie, Danemark, Indonésie, Lituanie, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suisse et Tunisie.

5. Ont en outre assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) *Organisations intergouvernementales invitées*: Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants (CEI); Communauté des Caraïbes (CARICOM) et Union européenne (UE);

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Association internationale des assureurs-crédit (ICISA), Association internationale du barreau, Center For International Legal Studies (CILS), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), INSOL International (INSOL), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Union asiatique de compensation (UAC) et Union Internationale des Avocats (UIA).

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

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: M. Anthony Ojok Oyuko (Ouganda)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.94);

b) Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1);

c) Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.96); et

d) Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen a) de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) des obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité; et c) des aspects judiciaires concernant l'application et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

9. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des sujets suivants: a) élaboration d'orientations sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux; b) obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité; et c) aspects judiciaires concernant l'application et l'utilisation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.95, A/CN.9/WG.V/WP.96 et A/CN.9/WG.V/WP.97, leurs additifs et d'autres documents mentionnés dans ces derniers. Il est rendu compte ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. Interprétation et application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux

10. Le Groupe de travail a examiné certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type") en rapport avec le centre des intérêts principaux en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1.

A. Débat général

11. Le Groupe de travail a rappelé que le mandat que la Commission lui avait confié concernant le sujet de l'interprétation et de l'application de certains concepts de la Loi type en rapport avec le centre des intérêts principaux se fondait sur "la proposition des États-Unis, décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, d'élaborer des lignes directrices sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité en rapport avec le centre des intérêts principaux et, peut-être, d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posaient dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention"[1]. À cet égard, il a été précisé que ces travaux futurs n'avaient pas pour objet de modifier les normes existantes de la CNUDCI en matière d'insolvabilité et les concepts qui y étaient inclus mais d'en préciser le sens.

12. Il a été observé que certains concepts de la Loi type en rapport avec le centre des intérêts principaux et le concept même de centre des intérêts principaux avaient soulevé des questions d'interprétation, donnant lieu à des décisions de justice divergentes (voir documents A/CN.9/WG.V/WP. 95 et Add.1).

13. La question a été posée de savoir si le Groupe de travail devrait entreprendre l'examen des différents types de textes de lois uniformes qui pourraient être élaborés pour donner des indications sur ces différents concepts. Ces différents types de textes de lois uniformes pourraient être i) des règles, ii) des recommandations ou iii) des commentaires ou des lignes directrices sur certains sujets de la Loi type. En réponse, il a été rappelé que par le passé, le Groupe de travail ne s'était prononcé sur les questions de forme qu'après avoir examiné les questions de fond. Il a été largement estimé que la même approche devrait être retenue pour les travaux futurs de clarification des concepts de la Loi type.

14. S'agissant de préciser le concept de centre des intérêts principaux figurant dans la Loi type, il a été noté qu'il apparaissait dans plusieurs articles du texte, tels que les articles 2 b), 16-3 et 17-2 a), mais que ce texte n'en contenait pas la définition. On a donné, comme exemple de texte sur le même sujet élaboré par une organisation régionale d'intégration économique, le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, en notant que celui-ci se référait aussi à la notion de centre des intérêts principaux sans en donner de définition. On a souligné que vu l'importance de cette notion, il était souhaitable d'éviter d'en donner des interprétations divergentes. On a toutefois observé qu'elle pourrait être utilisée dans différents contextes, par exemple, dans le cas du Règlement du Conseil, en rapport avec la juridiction dans laquelle la procédure principale devrait être ouverte et, dans le cas de la Loi type, en rapport avec l'opportunité de la reconnaissance d'une procédure déjà ouverte. On a aussi noté qu'il serait souhaitable de continuer à examiner, dans les travaux futurs, la question de la détermination du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 259 a).

15. Compte tenu de la jurisprudence diverse et contradictoire qui existe en matière de centre des intérêts principaux, il a été largement estimé qu'une clarification du concept pourrait être utile aux praticiens et aux tribunaux. On a également noté qu'il pouvait être difficile de fournir une définition concrète du concept, mais qu'il existait plusieurs moyens de le préciser, notamment en fournissant une liste de facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux afin de promouvoir, en la matière, une plus grande uniformité et une plus grande prévisibilité.

16. Il a en outre été noté que d'autres éléments figurant dans la Loi type, tels que les éléments de la définition de la procédure étrangère et la question de la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur, étaient liés au concept de centre des intérêts principaux et il a été convenu qu'il serait bon d'examiner ces autres éléments avant d'entamer l'examen du concept de centre des intérêts principaux.

B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2

Questions concernant la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type

17. Il a été noté que la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type avait donné lieu à diverses interprétations dans la jurisprudence (voir document A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 8 à 37). La question a été posée de savoir si le Groupe de travail devrait envisager de préciser certains éléments de cette définition, qui se lit comme suit: "Le terme 'procédure étrangère' désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation."

18. À cet égard, on a demandé s'il fallait définir l'exigence de l'insolvabilité du débiteur. Il a été répondu qu'une telle définition n'était pas nécessaire, l'exigence de l'insolvabilité du débiteur découlant de la formule "régie par une loi relative à l'insolvabilité".

19. S'agissant de la nécessité de définir la formule "régie par une loi relative à l'insolvabilité", il a été estimé que les difficultés rencontrées dans l'interprétation judiciaire de cette formule provenaient du fait que les termes employés dans la législation des différents pays étaient mis sur le même pied. Il a été noté que le Groupe de travail n'entendait pas unifier les lois relatives à l'insolvabilité mais préciser les concepts figurant dans la Loi type. À cet égard, il a été dit qu'il serait impossible de préciser davantage la définition d'une "procédure étrangère" qui continuerait d'englober l'ensemble des procédures nationales. Il a aussi été noté que la notion de "loi relative à l'insolvabilité" offrait déjà le degré de souplesse voulu. Il a en outre été noté que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide législatif") comprenait, à l'alinéa u) du paragraphe 12 et dans le commentaire, une définition de la procédure d'insolvabilité qui était conforme à la définition figurant dans la Loi type.

20. Le Groupe de travail a noté que, selon le Guide pour l'incorporation de la Loi type, l'exigence d'une "procédure collective" faisait référence à la participation collective des créanciers à la procédure étrangère et non au fait que la procédure était censée aider un créancier en particulier à obtenir paiement. S'agissant de l'exigence d'une "procédure collective", il a été dit qu'elle constituait un élément important de la définition. Il a été noté qu'on pouvait techniquement se demander si dans certaines procédures nationales, cette exigence avait été pleinement satisfaite, mais que ces procédures avaient néanmoins été reconnues conformément à la Loi type. À cet égard, on a à nouveau souligné que la définition d'une procédure étrangère dans la Loi type devait ménager une certaine souplesse. On a également craint que l'adoption de critères supplémentaires en la matière n'introduise des restrictions inutiles.

21. Il a été dit que le Secrétariat pourrait identifier certaines procédures ne relevant pas clairement de la définition de l'article 2 a) de la Loi type ou dont l'inclusion pouvait susciter des préoccupations ou en avait déjà suscité (appelées pendant la discussion "zone grise"), afin d'aider le Groupe de travail à déterminer s'il fallait préciser la définition du terme "procédure étrangère". L'utilité d'une telle étude a été mise en doute, étant donné qu'elle ne porterait que sur la situation actuelle sans tenir compte de nouvelles circonstances ni du fait que la notion de "loi relative à l'insolvabilité" était très vaste.

22. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il était prématuré à ce stade de dire si la définition du terme "procédure étrangère" figurant à l'article 2 a) de la Loi type appelait une clarification. Il a demandé au Secrétariat d'établir une note d'information pour l'aider à examiner cette question à une session ultérieure.

C. Interprétation uniforme et origine internationale: article 8 de la Loi type

23. Le Groupe de travail a noté que l'article 8 de la Loi type disposait qu'en interprétant le texte, il fallait tenir compte de son origine internationale et du fait qu'il était souhaitable de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi. Il s'est demandé s'il fallait donner des indications plus précises sur les sources à utiliser pour faciliter l'interprétation de la Loi type en application de l'article 8 (voir document A/CN.9/WG.V/WP.95, par. 40 à 42).

24. Il a été noté que la jurisprudence relative à la Loi type était importante s'agissant d'assurer une interprétation uniforme conformément à l'article 8 et que le Guide pour l'incorporation de la Loi type indiquait qu'une interprétation harmonisée de celle-ci serait facilitée par le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (système CLOUT), dans le cadre duquel le secrétariat de la CNUDCI publiait des sommaires de décisions judiciaires qui interprètent les conventions et les lois types découlant des travaux de la CNUDCI (voir Guide pour l'incorporation, par. 92). À cet égard, il a été noté que les textes de la CNUDCI autres que la Loi type (tels que le Guide législatif) contribueraient également à une interprétation uniforme. En outre, il a été dit que la jurisprudence relative à l'interprétation de la Loi type comprenait également des références à des affaires liées à d'autres textes que ceux de la CNUDCI, notamment au Règlement du

Conseil européen relatif aux procédures d'insolvabilité, qui utilisait aussi le concept de centre des intérêts principaux (voir par. 14 ci-dessus).

25. À l'issue de la discussion, il a été généralement convenu qu'il n'était pas nécessaire de préciser davantage l'article 8 de la Loi type.

D. Reconnaissance

1. Exception d'ordre public: article 6 de la Loi type

26. Le Groupe de travail a noté que l'article 6 de la Loi type prévoyait une exception à la reconnaissance d'une procédure étrangère lorsque cette reconnaissance serait "manifestement contraire à l'ordre public" de l'État concerné. Il a noté en outre que le Guide pour l'incorporation indiquait que cette exception devrait généralement être interprétée de manière restrictive et qu'elle n'était censée être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles touchant des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant.

27. Le Groupe de travail s'est posé la question de savoir s'il y avait lieu de fournir des éclaircissements concernant l'exception d'ordre public. Il a été demandé si celle-ci devrait englober la recherche du for le plus avantageux. Il a été répondu qu'il serait plus judicieux de traiter de la recherche du for le plus avantageux dans le contexte de la détermination du centre des intérêts principaux, puisque l'exception d'ordre public devait être appliquée de manière restrictive.

28. Une délégation a informé le Groupe de travail que dans son pays, la loi interne incorporant la Loi type disposait qu'un organe gouvernemental devait être informé et pouvoir intervenir dès que l'exception d'ordre public était invoquée, afin de dissuader d'y recourir de manière abusive. Selon plusieurs avis, il pourrait être utile de préciser l'exception pour faire obstacle aux utilisations abusives, notamment parce que toutes les lois internes incorporant la Loi type ne contenaient pas une telle disposition. Il a été dit qu'il pourrait être difficile de définir l'exception d'ordre public, considérée comme une question de droit interne variant d'un pays à l'autre.

29. En réponse, plusieurs suggestions ont été faites pour déjouer l'utilisation abusive de l'exception d'ordre public. Il a été suggéré de souligner son caractère exceptionnel. Il a également été dit qu'une référence à l'article 8 sur l'interprétation de la Loi type et aux affaires du Recueil de jurisprudence (voir par. 24 ci-dessus) suffirait. Il a été dit en outre que le Guide pour l'incorporation expliquait déjà suffisamment le caractère sensible de l'utilisation de l'exception d'ordre public. Il a été dit également que l'article 22 de la Loi type protégeait suffisamment les créanciers et les autres personnes intéressées. Selon un autre point de vue, le Secrétariat pourrait être prié de fournir une liste d'exemples d'utilisation de l'exception d'ordre public. Il a été répondu à cela que la mise en pratique de cette suggestion pourrait soulever des difficultés, étant donné que ces exemples se fondaient sur des affaires dont les faits précis appelaient des indications supplémentaires. Il a été dit en outre que pour fournir de tels exemples, le Groupe de travail devrait procéder à l'évaluation de ces affaires.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que l'exception d'ordre public était une question de droit interne que devaient trancher les tribunaux nationaux. Il est convenu en outre que l'exception devrait être appliquée de manière

restrictive mais ne s'est pas prononcé à ce stade sur la manière d'assurer cette application restrictive, convenant de poursuivre l'examen de la question lorsqu'il examinerait les aspects judiciaires de la Loi type présentés dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs.

2. Décision de reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu de l'article 17 en tant que procédure principale ou non principale conformément à l'article 2 b) et c) de la Loi type

31. On a noté que ce n'était pas le libellé de la Loi type qui avait posé des problèmes, mais son application en ce qui concernait la reconnaissance. On a également noté que de nombreuses lois internes incorporant la Loi type étaient relativement récentes et que son application avait parfois suscité des incertitudes, la jurisprudence se développant à peine. On a noté en outre que l'article 17 de la Loi type prévoyait une procédure de reconnaissance, qui était distincte des mesures qui pourraient être accordées conformément aux articles 19 et 21.

a) Condition préalable à la reconnaissance: procédure principale ou non principale

32. Le Groupe de travail a noté que l'article 17-2 a) de la Loi type disposait qu'une procédure étrangère au sens de l'article 2 a) devait être reconnue en tant que procédure étrangère principale (si elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux) ou non principale (art. 2 b) ou c)). Il s'est ensuite posé la question de savoir si un tribunal devrait, comme condition préalable à la reconnaissance, avoir établi qu'une procédure engagée au titre de la Loi type était une procédure étrangère principale ou non principale.

33. Il a été dit que cette question avait été suffisamment examinée dans la décision rendue en l'affaire *Bear Stearns*[2], selon laquelle cette exigence était une condition nécessaire préalable à la reconnaissance.

34. On a demandé s'il devrait aussi y avoir un troisième type de procédure ou si dans le même but il faudrait élargir la notion d'"établissement" figurant à l'article 2 f) de la Loi type à des procédures fondées sur la présence des biens dans un État, et on a fait référence à l'article 28 de la Loi type. Il a été répondu qu'en élargissant ainsi cette notion, on modifierait la Loi type au-delà du mandat actuel du Groupe de travail et on irait à l'encontre de l'esprit de la Loi type. On a noté que la Loi type laissait aux lois internes suffisamment de latitude pour ouvrir des procédures internes pour d'autres motifs.

35. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il était clair que la Loi type prévoyait seulement la reconnaissance de deux types de procédures: les procédures étrangères principales et non principales.

---

[2] *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*. 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., septembre 2007) [CLOUT, décision n° 760]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48; en appel, 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y., mai 2008) [CLOUT, décision n° 794]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48; voir aussi document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, annexe.

b) Procédures pour déterminer si une procédure est principale ou non principale

36. Il a été suggéré d'inclure, soit dans l'ordonnance initiale portant ouverture de la procédure, soit à titre de preuve supplémentaire soumise conformément à l'article 15-2 c), des informations factuelles concernant la nature de la procédure qui aideraient à déterminer si la procédure est une procédure principale ou non au cas où un tribunal devrait se prononcer ultérieurement sur une demande de reconnaissance. À cet égard, on a noté que l'article 15 de la Loi type précisait déjà quels documents devaient être joints à une demande de reconnaissance. En réponse à une préoccupation selon laquelle cette proposition désavantagerait les procédures surveillées par une autorité autre qu'un tribunal, on a rappelé qu'en vertu de l'article 2 e) de la Loi type, le terme "tribunal" désignait toute autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère. Une autre préoccupation était que le tribunal décidant d'ouvrir la procédure pourrait ne pas savoir qu'il est nécessaire d'inclure ces informations.

37. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu'il fournirait une assistance à un tribunal ouvrant une procédure et souhaitant inclure dans son ordonnance les informations suggérées ci-dessus et qu'il inclurait ce point dans le texte définitif.

3. Centre des intérêts principaux: présomption visée à article 16

38. Le Groupe de travail a noté que l'article 16-3 de la Loi type établissait une présomption sur laquelle le tribunal pouvait se fonder pour déterminer le centre des intérêts principaux: sauf preuve contraire, le siège statutaire (ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur) était présumé être le centre de ses intérêts principaux. Il a aussi noté que selon le paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation de la Loi type, cette présomption avait pour objet d'accélérer la présentation de preuves. Il a encore noté qu'un certain nombre d'affaires avaient donné lieu à des questions concernant le lieu du centre des intérêts principaux et l'interprétation de la présomption visée à l'article 16-3 (voir document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 5 à 20). Le Groupe de travail s'est demandé s'il conviendrait d'établir une liste de facteurs indicatifs du centre des intérêts principaux en relation avec une éventuelle réfutation de la présomption.

a) Établissement d'une liste de facteurs indicatifs

39. Différentes opinions ont été exprimées quant au poids que les différents facteurs énumérés au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 devraient avoir dans une analyse visant à déterminer le centre des intérêts principaux. En particulier, certains estimaient que les facteurs figurant aux alinéas a) à g) et m) étaient fondamentaux pour cet exercice, alors que pour d'autres, "le site du droit applicable ou du droit régissant les principaux marchés de la société" (al. d)) était secondaire et "le lieu à partir duquel le financement [était] organisé ou autorisé ou le lieu où se [trouvait] la principale banque de la société débitrice" (al. f)) n'étaient pertinents que si la banque contrôlait la société débitrice. Certains jugeaient essentiel "le lieu où se [trouvaient] les employés" (al. k)), au motif que ces derniers pouvaient devenir des créanciers, alors que pour d'autres, il s'agissait d'une question de protection des droits des parties intéressées n'entrant pas en ligne de compte dans l'analyse visant à déterminer le centre des intérêts principaux et suffisamment couverte par l'article 22 de la Loi type. Les opinions

divergeaient également sur des facteurs tels que le “lieu à partir duquel [était] piloté le redressement de la société débitrice” (al. l)) et le “lieu où et dont la loi [régissait] l’établissement et la vérification des comptes” (al. o)). S’agissant de ce dernier facteur, il a été noté que les comptes de la société pouvaient être vérifiés dans différents États.

40. Il a aussi été suggéré de hiérarchiser les facteurs de la liste et de garder cette dernière aussi courte que possible. On a répondu à cela qu’une telle hiérarchisation était difficile, l’évaluation pouvant différer d’un pays à l’autre, et qu’une liste abrégée pouvait être source de confusion. On s’est interrogé sur le terme “liste”, qui pouvait dénoter un caractère impératif. En réponse, on a rappelé au Groupe de travail que la liste visait à aider les juges à analyser des critères objectifs pour déterminer le centre des intérêts principaux et l’instance appropriée. Il a aussi été noté que tous les critères se fondaient sur le concept de l’existence d’un “lien suffisant” pour être soumis à la loi sur l’insolvabilité d’un État donné, critère mentionné également en matière de compétence dans le Guide législatif (deuxième partie, chap. I, par. 12).

41. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu qu’une liste de facteurs indicatifs aiderait les juges à déterminer le centre des intérêts principaux.

b) Impact de la fraude sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux

42. Le Groupe de travail a examiné l’impact de la fraude sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux. Des questions ont été posées sur la définition de la fraude. Il a été dit qu’il pouvait s’agir d’une société se livrant à des activités frauduleuses ou dont la constitution elle-même était frauduleuse. On s’est aussi demandé si la définition inclurait la fraude civile ou pénale. On s’est par ailleurs demandé si elle inclurait la recherche “illégitime” du for le plus avantageux – le fait qu’un débiteur essaie de trouver une juridiction plus favorable pour décourager les créanciers. On a noté avec préoccupation que chaque pays avait sa propre notion de fraude, question qui serait traitée dans l’exception d’ordre public visée à l’article 6 de la Loi type.

43. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que cette question devrait être examinée plus avant.

c) Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux

44. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait être celle de la demande d’ouverture de la procédure d’insolvabilité ou celle de la demande de reconnaissance de cette procédure, étant donné que dans un certain nombre d’affaires jugées en vertu de la Loi type et du Règlement du Conseil européen, un débiteur s’était déplacé d’un pays à un autre juste avant l’ouverture de la procédure d’insolvabilité. Le Groupe de travail a noté que la Loi type ne mentionnait aucune date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux (voir A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, par. 26 à 36). Il a été dit que la prise en compte de la date de la demande de reconnaissance pourrait donner des résultats inéquitables et serait contraire à l’esprit de la Loi type, d’autant plus que de nombreuses années pouvaient s’écouler entre la date d’ouverture et la date de la demande de

reconnaissance. À cet égard, il a été estimé que la date retenue pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait constituer une source de stabilité.

45. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux devrait être celle de la demande initiale d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que cette conclusion serait incluse dans le texte définitif, qui pourrait être une modification apportée aux aspects judiciaires de la Loi type figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs.

4. Établissement

46. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait de préciser le terme "établissement" défini à l'alinéa f) de l'article 2 de la Loi type et servant à déterminer l'existence d'une procédure non principale. À l'issue de la discussion, il est convenu que ce terme n'avait besoin d'être précisé ni en relation avec une société, ni en relation avec un débiteur autonome.

5. Centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises

47. Il a été noté que de nombreuses affaires jugées en vertu de la Loi type concernaient des groupes d'entreprises et qu'il serait peut-être souhaitable de fournir également dans la Loi type des orientations pour l'interprétation du centre des intérêts principaux d'un groupe d'entreprises.

48. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat, si les ressources le lui permettaient, de procéder à une étude sur le centre des intérêts principaux des groupes d'entreprises, qu'il examinerait à une session future, et qui traiterait les points suivants: i) discussions menées lors de ses travaux antérieurs sur la troisième partie du Guide législatif; ii) pratique existante en matière de groupes d'entreprises et, dans la mesure du possible; iii) suggestions quant à la portée de travaux futurs.

V. Obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité

49. Le Groupe de travail a examiné les obligations et responsabilités des dirigeants et administrateurs de sociétés dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.96 et d'autres documents mentionnés dans ce dernier.

50. Le Groupe de travail a rappelé le mandat donné par la Commission, selon lequel les travaux sur ce thème devraient porter uniquement sur les obligations et responsabilités découlant de l'insolvabilité et ne visaient pas à couvrir des questions de responsabilité pénale ni de droit des sociétés sortant du cadre de l'insolvabilité (A/65/17, par. 259 b)).

A. Introduction

1. Remarques générales

51. Les propositions initiales du Royaume-Uni, d'INSOL International et de l'International Insolvency Institute présentées dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 et A/CN.9/582/Add.6 ont été rappelées et leurs auteurs ont souligné les questions qu'elles posaient.

52. Il a été noté que lorsqu'une société se trouvait dans une situation proche de l'insolvabilité, on avait observé des abus de la part des dirigeants de sociétés, notamment des transactions lésant la société ou ses créanciers, peut-être au profit du dirigeant concerné, consistant notamment à mettre des actifs à l'abri des créanciers et des dirigeants futurs.

53. Plusieurs aspects du sujet ont suscité des questions: on s'est demandé s'il pourrait y avoir des normes minimales qui régiraient le comportement des dirigeants et des orientations pour encourager les pratiques optimales; si les obligations des dirigeants changeraient à l'approche de l'insolvabilité; quelle incidence un contexte international aurait sur ces obligations; et quelles seraient les conséquences appropriées d'un manquement à ces obligations.

54. Il a été dit que les travaux menés dans ce domaine visaient à assurer que, lorsque l'entreprise se trouvait déjà proche de l'insolvabilité, les dirigeants prennent des mesures pour préserver la valeur de l'entreprise, par exemple au moyen d'un redressement, plutôt que de se contenter d'attendre l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. De nombreux systèmes encourageaient le redressement, outil important et utile, mais celui-ci n'était pas suffisamment utilisé dans la pratique, souvent faute de mesures d'incitation. Par ailleurs, les dirigeants n'étaient généralement pas sanctionnés lorsqu'ils s'appropriaient les actifs de valeur d'une entreprise en difficulté dans le but de s'en servir ultérieurement. Les travaux menés dans ce domaine viseraient donc à inciter les dirigeants à prendre des mesures appropriées, tout en prévoyant des mesures allant jusqu'à la mise en cause de leur responsabilité personnelle en cas d'inaction.

55. Il a été souligné que l'objectif était d'encourager les dirigeants à prendre rapidement les mesures voulues dès qu'ils se rendaient compte que la société ne pouvait surmonter ses difficultés, notamment en demandant l'ouverture rapide d'une procédure d'insolvabilité adéquate. Il a été dit qu'il fallait trouver un juste équilibre entre l'idée d'encourager les dirigeants dans ce sens et le risque qu'ils ne mettent prématurément la société en liquidation (pour éviter d'engager leur responsabilité personnelle), alors qu'une procédure de redressement donnerait de meilleurs résultats si on lui en laissait le temps. Il a été noté qu'il fallait adopter une approche souple permettant aux dirigeants agissant de bonne foi de prendre les mesures les plus appropriées.

56. On a fait observer qu'il n'existait pas à ce jour de normes internationales sur la question mais on a toutefois fait référence aux obligations postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et aux dispositions d'annulation figurant à la recommandation 87 du Guide législatif, et il a été rappelé que la Commission européenne et la Banque mondiale avaient souligné la nécessité de telles normes.

On a aussi souligné que les objectifs de la Loi type et du Guide législatif s'en trouveraient renforcés.

57. On a par ailleurs souligné qu'il importait d'examiner la question dans le contexte des groupes d'entreprises. En effet, si tel n'était pas le cas, le risque était qu'une entreprise d'un groupe opérant dans un pays au régime strict soit contrainte d'entrer prématurément en liquidation, portant préjudice à l'ensemble du groupe.

58. Le Groupe de travail a rappelé le questionnaire publié par l'International Insolvency Institute sur le sujet et la publication détaillée d'INSOL International comprenant une analyse par pays, et on a fait remarquer que d'autres études sur la situation actuelle de par le monde pourraient être utiles pour la suite de ses délibérations.

2. Teneur des travaux possibles

59. La portée des travaux possibles a été examinée en détail. Il a été noté qu'il n'était nullement question de traiter de la responsabilité pénale, ni de questions relevant uniquement de la gouvernance d'entreprise mais il a été convenu qu'il existait entre ces questions des points de recoupement qui devaient être pris en compte.

60. Pour ce qui est du lien entre les questions de droit pénal et de droit civil, il a été rappelé que les sanctions pénales n'entraient pas dans le cadre du mandat du Groupe de travail. On a toutefois souligné qu'il était difficile en pratique de séparer complètement ces deux domaines. Ainsi, il pouvait arriver que la question des réparations civiles soit laissée en suspens jusqu'à ce que les affaires pénales liées à l'insolvabilité soient closes, comme c'était le cas dans certains pays. Il a été ajouté que le Groupe de travail devrait veiller, tout au long de ses délibérations, à tenir compte des aspects pratiques de cette interaction.

61. Pour ce qui est des points de recoupement entre le droit de l'insolvabilité et le droit des sociétés, il a été noté que les responsabilités des dirigeants étaient, de manière générale, une question de gouvernance d'entreprise qui sortait donc du mandat du Groupe de travail, et que le droit de l'insolvabilité ne devait pas s'étendre à ces domaines. Il a été souligné que, lorsqu'il n'était pas question d'insolvabilité, les dirigeants rendaient compte à la société (et, dans certains systèmes, à ses actionnaires); lorsque la société était proche de l'insolvabilité ou qu'une procédure d'insolvabilité était ouverte, cette obligation pouvait s'étendre aux créanciers et à d'autres parties prenantes. Les intérêts de ces groupes pouvaient entrer en conflit (par exemple, la liquidation et la distribution pouvaient être la meilleure solution pour les créanciers mais les actionnaires préféreraient peut-être maintenir l'activité aussi longtemps qu'il y avait un espoir d'éviter l'insolvabilité). À cet égard, la période critique pendant laquelle des obligations supplémentaires pouvaient survenir se situait avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

62. Pour ce qui est de l'éventualité d'un texte ou d'orientations, il a été noté que ce domaine était hautement factuel et ne se prêtait pas à l'élaboration de règles. Le type d'indications qui pourrait être donné devrait par conséquent être de nature descriptive plutôt que normative ou prescriptive. On éviterait aussi toute interférence avec les questions de droit des sociétés. On a souligné qu'il fallait éviter de décourager la prise de risque responsable et l'esprit d'entreprise. Il a été dit aussi qu'il existait des différences de degré de responsabilité des dirigeants et il

a été rappelé que tous les systèmes ne comportaient pas traditionnellement un examen judiciaire des évaluations de ce type.

63. Il a été ajouté qu'un créancier pourrait exercer des voies de droit contre les dirigeants et que des actions en vue de l'exécution seraient engagées en dehors de la procédure d'insolvabilité. Cet aspect du sujet pourrait sortir du mandat du Groupe de travail au sens strict mais il convient de garder à l'esprit le risque d'une telle action (qui pourrait influer sur la masse).

64. D'autres aspects pratiques du sujet ont été soulignés: premièrement, on a noté que la question du financement de l'action, même si celle-ci avait de bonnes chances d'aboutir, constituait dans la pratique un obstacle de taille à l'exécution. Deuxièmement, il convenait de tenir compte des bénéficiaires des sommes récupérées: si celles-ci revenaient aux créanciers garantis ayant une sûreté sur l'ensemble des biens d'une entreprise et non à la collectivité des créanciers, un représentant de l'insolvabilité n'aurait guère d'incitation à agir.

65. Il a également été noté que les questions de droit international privé étaient importantes en ce qui concerne tant la compétence que le droit applicable; il a été convenu qu'une harmonisation des normes en la matière rendrait ces questions plus faciles à trancher. Compte tenu de ces considérations, il a été convenu que le contexte international devrait être ajouté aux aspects de la question énumérés au paragraphe 74 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 que le Groupe de travail examinerait.

66. Il a été rappelé qu'en examinant ces questions et les solutions possibles, il ne fallait pas éviter automatiquement de s'aventurer dans certains domaines du droit des sociétés. Il fallait toutefois veiller à ce que le produit final ne dépasse pas le cadre de l'insolvabilité ni n'interfère avec le droit des sociétés ou d'autres branches du droit civil ou du droit pénal.

67. Le Groupe de travail est convenu que ces considérations indiquaient que des orientations sur ce sujet seraient les bienvenues. Il a également entendu des suggestions sur les divers éléments du sujet qui pourraient servir de point de départ à des lignes directrices ou à des orientations sur la question, sur la base des éléments énumérés au paragraphe 74 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 (voir section 3 ci-après). On a rappelé qu'il importait de prendre des mesures pouvant entraîner une augmentation de la masse de l'insolvabilité le cas échéant.

3. Questions à examiner

a) Définition des personnes auxquelles incombent les obligations

68. On a d'abord souligné la nécessité de déterminer à qui ces obligations pourraient incomber. Le Groupe de travail a noté que les administrateurs officiellement désignés constitueraient le point de départ de cette réflexion (et qu'une définition légale des administrateurs était la norme); la description figurant aux paragraphes 18 à 22 du document A/CN.9/WG.V/WP.96, y compris les principes de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), montrait comment le groupe des personnes possibles pouvait être élargi.

69. D'autres personnes pouvaient être les administrateurs de fait ou occultes (personnes agissant en tant qu'administrateurs, personnes dirigeant ou contrôlant d'une autre manière la société ou personnes dont les administrateurs de la société

suivaient habituellement les instructions); les administrateurs ayant des responsabilités relatives à la gestion d'une entreprise (président, vérificateur ou directeur général); les conseils d'administration de grandes sociétés et de groupes d'entreprises, les personnes ayant une influence déterminante ou un rôle dominant et les personnes ayant manifestement qualité pour lier l'entreprise. À cet égard, on a noté le lien existant entre l'identification des personnes auxquelles incombaient des obligations et la nature de ces obligations.

70. Dans ce contexte, on a souligné les risques qu'il y aurait à limiter les obligations aux personnes officiellement désignées comme administrateurs: entre autres choses, on encouragerait ainsi le recours à des prête-noms ou à des "hommes de paille" et les véritables décideurs seraient exonérés de toute responsabilité. On a toutefois insisté sur le fait que les obligations des administrateurs autres que ceux officiellement désignés n'étaient pas réglementées dans tous les pays, du moins pour ce qui est de la période avant l'insolvabilité.

71. Il a été généralement admis que les administrateurs pouvaient à cette fin être des personnes physiques ou morales. Les personnes morales pouvaient être d'autres sociétés d'un même groupe, des banques, des consultants ou conseillers et des vérificateurs. Il a été convenu que ces entités pouvaient influencer les décisions d'une société; en revanche, différents avis ont été exprimés quant à savoir si cette influence était considérée comme un acte de gestion de la société et si cet acte de gestion était une condition de leur responsabilité (c'est-à-dire quel serait le rapport entre la causalité, la définition des personnes auxquelles incombaient les obligations pertinentes et le manquement à ces obligations). Il importait de définir le groupe de personnes pouvant porter préjudice à une société par certains actes de gestion; les préjudices pouvaient être portés à une filiale par des mesures prises à la demande de la société mère. On a noté qu'il pouvait y avoir des différences entre les vérificateurs, en particulier, et d'autres catégories de personnes.

72. On a conclu qu'une approche axée sur la finalité serait appropriée; la législation interne déterminerait de manière non exhaustive les personnes auxquelles incombent les obligations pertinentes. D'autres personnes devraient être mentionnées de manière descriptive, en fonction des responsabilités qui pourraient leur être confiées, en évitant de donner une définition technique telle que administrateur de fait ou administrateur occulte. Il a été convenu que les délibérations futures se feraient dans cette optique, et il a été rappelé qu'il faudrait examiner plus avant la question de savoir si ce groupe de personnes devrait comprendre non seulement les administrateurs mais aussi d'autres personnes ayant une influence.

b) Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte

73. On a fait observer que les personnes auxquelles on pouvait devoir rendre compte pourraient être fonction de la responsabilité potentielle de tous les acteurs ou d'un groupe déterminé, tel que l'entreprise, les actionnaires ou les créanciers, ou les personnes qui bénéficieraient d'un recouvrement. Il a été dit qu'il fallait à cet égard entendre par créanciers l'ensemble des créanciers et non un créancier en particulier ou un groupe de créanciers.

74. Il a également été proposé de considérer que ces obligations étaient dues à la masse. À l'appui de cette proposition, on a rappelé qu'il existait une définition

communément acceptée de cette notion, qui inclurait toutes les personnes auxquelles des services ou des fonds étaient dus, et on a souligné qu'il serait judicieux d'éviter de traiter séparément avec différentes catégories de parties prenantes. Cette approche, jugée conforme à l'objectif d'un traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation (recommandation 1 d) du Guide législatif), donnerait lieu à une démarche plus pratique que théorique, fondée sur l'identification des bénéficiaires potentiels d'une action en recouvrement.

75. On a noté que les administrateurs devaient être réputés agir de bonne foi afin que les intérêts de l'entreprise coïncident avec ceux des actionnaires, des créanciers et des employés. Ceux qui agissaient de mauvaise foi pouvaient être passibles de poursuites.

76. On a noté le lien existant entre cette question et le moment où naissait l'obligation. Dans une entreprise solvable, les administrateurs ne devaient rendre compte qu'à cette entreprise et cette obligation ne pouvait être étendue; en cas d'insolvabilité, ils devaient également rendre compte à la masse et l'obligation pouvait donc être étendue aux actionnaires et aux autres parties prenantes, dont les intérêts seraient ensuite représentés par un représentant de l'insolvabilité.

77. Le Groupe de travail a été invité à faire une distinction entre le début de l'insolvabilité et l'ouverture formelle de la procédure d'insolvabilité. Entre ces deux événements, les pays reconnaissant le concept de faute de gestion ou d'endettement d'une entreprise alors qu'elle est insolvable attribuaient la responsabilité aussi bien aux administrateurs officiellement désignés qu'à toutes les autres personnes agissant au nom de la société, donnant des instructions ou exerçant de quelque autre manière que ce soit une influence sur la gestion de la société.

78. On a souligné qu'il importait de reconnaître la portée et l'étendue des obligations qui pourraient découler du concept de groupe d'entreprises lors de l'identification des personnes responsables, et qu'il pourrait y avoir différents niveaux de responsabilités.

79. Il a été convenu que le Groupe de travail poursuivrait ses délibérations à une session ultérieure en tenant compte des questions soulevées ci-dessus.

c) Détermination du moment auquel les obligations prennent naissance avant le début d'une procédure d'insolvabilité

80. Il a été convenu que les obligations en question pouvaient prendre naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À cet égard, il a été noté que ce moment et le début effectif de l'insolvabilité coïncidaient rarement.

81. Il a été convenu que les obligations prendraient naissance lorsque la société serait devenue insolvable ou serait sur le point de le devenir effectivement (concrètement, lorsque l'argent des créanciers ou la société seraient en danger, situation qualifiée, dans les débats, de "quasi-insolvabilité"); elles ne pourraient, cependant, être exécutées que dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité judiciaire. La chronologie soulignait, par conséquent, l'importance du sujet pour ce qui était d'appuyer des mesures appropriées et rapides lorsque des sociétés devenaient insolvables. Autrement dit, le moment auquel les obligations prenaient naissance devait être celui auquel les administrateurs auraient dû savoir qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité.

d) Détermination de la nature des obligations qui incombent aux administrateurs ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées, par exemple:

i) Faute de gestion – cas où un administrateur ou dirigeant aurait dû savoir que l'insolvabilité était inévitable et n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers;

ii) Manquement aux devoirs/faute d'exécution – cas où un administrateur ou dirigeant a détourné ou retenu des biens ou de l'argent de la société ou encore cas dans lequel une faute d'exécution ou un manquement à une obligation fiduciaire ou autre a entraîné le détournement de biens ou une perte pour la société; et

iii) Faute concernant des biens ou de l'argent de la société – cas où un administrateur ou dirigeant est à l'origine d'un traitement préférentiel ou d'une opération à un prix sous-évalué ou autorise un tel traitement ou une telle opération, au détriment des créanciers.

82. On s'est accordé à reconnaître que la question de la nature des obligations qui incombaient aux administrateurs englobait le fait de savoir à qui l'obligation incombait (point 3 a)), à qui il devait être rendu compte (point 3 b)) et à quel moment (point 3 c)).

83. En ce qui concerne la faute de gestion (point d) i)), il a été noté que les systèmes de certains États présumaient une faute liée à l'insolvabilité dans certaines circonstances particulières. Il a été fait part de l'expérience d'un pays: dans une insolvabilité dans laquelle moins de 20 % des dettes de la société pouvaient être payées, la responsabilité des administrateurs était engagée et les tribunaux pouvaient exiger d'eux qu'ils remboursent la masse. D'autre part, il a été souligné qu'il ne fallait pas présumer de faute.

84. En ce qui concerne l'étendue des obligations, il a été dit qu'en imposant un régime trop strict, on risquait de décourager le commerce et l'entreprenariat (ce qui serait contraire au mandat global de la CNUDCI). Lorsque l'insolvabilité était due à des causes externes, comme une récession généralisée, il ne fallait pas pénaliser les administrateurs qui prenaient des décisions commerciales avisées. Selon d'autres avis, les administrateurs devaient connaître la situation commerciale, même si l'on pouvait l'utiliser comme défense contre une éventuelle action en recouvrement.

85. À cet égard, il a été souligné qu'il fallait toujours se poser deux questions: celle de savoir s'il existait une obligation, et celle de savoir s'il y avait eu manquement. Dans certains États, lorsqu'une société se trouvait en situation de quasi-insolvabilité, les administrateurs étaient tenus de déterminer si cette société était solvable avant la réalisation d'importantes opérations (opérations engageant la moitié des actifs, importants transferts d'actifs ou distributions de dividendes). Ils pouvaient également être tenus de justifier les opérations en question et de démontrer qu'ils avaient pris en compte la possibilité d'une insolvabilité.

86. Il a été souligné qu'il fallait éviter de parler de responsabilité objective; il faudrait que les représentants de l'insolvabilité qui engagent une action prouvent l'obligation, le manquement et le fait que ce dernier a effectivement causé un préjudice. Toute autre approche, a-t-il été dit, compromettrait l'objectif qui consiste à promouvoir les bonnes pratiques d'insolvabilité sans nuire à l'entreprenariat.

87. À cet égard, il a été convenu que l'existence d'une responsabilité serait entièrement factuelle et qu'il faudrait un mécanisme pour examiner les faits. De ce point de vue, l'élaboration de listes de mauvaises pratiques de gestion serait sans fin et contre-productive, et conduirait de fait, dans certaines situations, à créer une responsabilité objective. Cette approche, qui plus est, ne tiendrait pas compte de l'évolution de la situation, ce qui pourrait modifier de façon injustifiable la caractérisation d'une décision. À ce propos, il a été dit qu'il serait impossible de fournir une définition universelle d'une telle obligation. Une démarche plus constructive, a-t-il été estimé, serait de donner des indications sur la manière d'exécuter l'obligation elle-même, en énonçant les mesures que l'on pourrait ou devrait prendre. Il pourrait être proposé, par exemple, de poursuivre l'activité pour tenter de relever la société ou de la mettre en liquidation, ou d'adopter toutes sortes de mesures intermédiaires. On pourrait notamment, lorsque l'insolvabilité est probable, notifier les parties intéressées (sans aller, cependant, au-delà des obligations d'une procédure d'insolvabilité judiciaire), faire preuve de diligence dans la gestion de la société et agir au profit de la masse.

88. Selon un autre avis, il serait possible de produire une déclaration abstraite des obligations fondée sur la diligence, dans laquelle on placerait l'accent sur l'aptitude des administrateurs à démontrer qu'ils avaient pris toutes les mesures raisonnablement requises pour relever la société. Il faudrait, cependant, fixer une norme raisonnable, faute de quoi les administrateurs pourraient tout simplement démissionner, ce qui aurait des conséquences négatives pour une procédure ultérieure de redressement ou d'insolvabilité.

89. Il a en outre été estimé qu'il fallait que les obligations aient un rapport avec l'identité des personnes auxquelles il devait être rendu compte et veiller, en particulier, à ce qu'elles ne se limitent pas à la société elle-même (au détriment de la masse).

90. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail a décidé de consacrer ses futures délibérations à la définition des mesures qu'il faudrait prendre pour exécuter l'obligation énoncée au point i).

91. À propos du manquement aux devoirs (par. 3 d) ii)) et de la faute concernant des biens ou de l'argent de la société (par. 3 d) iii)), il a été rappelé que le Guide législatif contenait déjà des dispositions relatives aux traitements préférentiels et aux opérations susceptibles d'annulation. Il a également été soulevé la question des obligations générales qui incombent aux administrateurs en dehors du contexte de l'insolvabilité et suggéré, en conséquence, que les futurs travaux portent sur la faute de gestion (par. 3 d) i)). Il a été noté, enfin, qu'il faudrait peut-être restreindre les types de personnes qui pourraient être protégées.

e) Voies de recours possibles en cas de manquement de l'administrateur à ses obligations

92. Les trois questions formulées au paragraphe 63 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 ont été examinées.

93. Il a été observé que les mesures d'exécution devaient viser avant tout à remettre la masse dans l'état où elle se trouverait si la faute ayant nécessité la prise de ces mesures n'avait pas eu lieu, et que la nature de la mesure prise répondrait donc à cet objectif. Qu'il s'agisse d'une mesure prise pour faute de gestion ou

endettement en situation d'insolvabilité, la terminologie serait examinée ultérieurement. Il a été ajouté qu'en l'absence de recours efficace, le débat resterait purement théorique et l'objectif général des travaux actuels ne serait pas atteint. On a aussi fait observer qu'un régime prévoyant l'exécution des obligations avait un effet dissuasif et pourrait promouvoir les bonnes pratiques dans la gestion d'entreprises proches de l'insolvabilité; cependant, les dispositions ne pouvaient être rédigées de telle manière qu'elles encourageraient l'ouverture prématurée d'une procédure d'insolvabilité, en raison des risques concernant la responsabilité personnelle.

94. On a fait observer que les mesures prises pour faute de gestion ou endettement en situation d'insolvabilité étaient moins nombreuses qu'on aurait pu le croire au vu du nombre de situations d'insolvabilité et que même si ces mesures pouvaient être considérées comme justifiées, les orientations devraient viser à éliminer les obstacles à leur efficacité. Outre la question du financement des mesures, on a noté que beaucoup de litiges pourraient se régler ou que les administrateurs pouvaient ne pas avoir suffisamment d'actifs pour que la mesure soit productive.

95. Il a été dit qu'un autre recours possible était de déclasser les créances des administrateurs fautifs sur la masse de l'insolvabilité. On a appuyé la proposition du déclassement des créances comme recours efficace et il a été convenu qu'il fallait étudier la question plus avant, de sorte que le Groupe de travail puisse l'examiner en même temps que les autres recours à une session ultérieure.

96. Le Groupe de travail a été instamment prié de prendre garde à ne pas outrepasser son mandat en examinant les recours possibles, ceux-ci posant des questions qui devaient être tranchées par chaque État concernant la nature des réclamations et la personne habilitée à les présenter, ainsi que les questions connexes de charge de la preuve et de niveau de preuve.

97. S'agissant de la personne ayant le droit d'engager une action en vue de l'exécution, il a été dit que toute personne à qui est due une obligation pertinente et ayant subi une perte devrait avoir ce droit. Il a été convenu que ce droit s'étendrait normalement au représentant de l'insolvabilité, en tant que représentant de la masse, et serait exercé à l'égard des intérêts collectifs des créanciers. Il a été noté que de nombreuses autres personnes avaient le droit de poursuivre les administrateurs dans plusieurs systèmes juridiques et qu'il n'y avait pas d'approche commune. Il pouvait s'agir de créanciers individuels, de créanciers pris collectivement, de catégories de créanciers ou d'un comité de créanciers, de sociétés (c'est-à-dire de personnes morales), du procureur général ou d'un fiduciaire ou examinateur mandaté par un tribunal (lorsqu'une telle personne doit être mandatée en raison de conflits d'intérêts, dans les cas où les administrateurs continuent de gérer la société en situation d'insolvabilité).

98. En ce qui concerne les créanciers, il a été noté que les droits qui pourraient leur être conférés par d'autres branches du droit (droit civil, droit des sociétés ou droit de la responsabilité délictuelle) ne devaient pas être pris en compte ici mais il a été observé que ces branches du droit pourraient donner des indications sur la manière d'envisager les mesures d'exécution et il a été convenu que les dispositions relatives à l'insolvabilité ne devaient en aucun cas nier ces droits. Dans la mesure où il existait une obligation envers les créanciers distincte de celle due à la masse, les créanciers intéressés devraient pouvoir faire valoir ce droit pour des raisons de

cohérence; s'il était décidé de le leur retirer, les motifs d'une telle décision devraient être énoncés clairement. Il a été dit qu'une autre solution inspirée des dispositions de la recommandation 87 du Guide législatif, portant sur l'annulation des opérations, serait de permettre aux créanciers de demander au représentant de l'insolvabilité d'intervenir; s'il ne le faisait pas, les créanciers pourraient agir eux-mêmes; dans certaines circonstances, ils pourraient se retourner contre le représentant de l'insolvabilité.

99. Il a aussi été noté qu'un créancier n'aurait généralement pas les preuves nécessaires pour engager une action et qu'il serait difficile d'établir l'ampleur de la perte subie. On a appuyé la proposition selon laquelle le produit de toute action devrait être versé à l'ensemble de la masse mais qu'un créancier ayant engagé une action devrait pouvoir récupérer ses frais et débours. Il a cependant été observé que dans certains pays, le produit de l'action n'était pas nécessairement versé à l'ensemble des créanciers (par exemple lorsqu'il y avait des sûretés). Il a été noté que ces questions seraient examinées plus avant ultérieurement.

100. Il a aussi été noté qu'une créance potentielle était un actif de la masse de l'insolvabilité et qu'un représentant de l'insolvabilité devrait avoir la possibilité et l'obligation de la traiter comme n'importe quel autre actif: la mesure prise pouvait consister notamment à céder cet actif au profit d'un créancier – en d'autres termes, le droit d'agir pouvait être cédé à ce créancier (contre valeur). Il a été ajouté que cette solution pourrait être utile pour surmonter l'un des obstacles à l'action en vue de l'exécution: l'absence de fonds permettant de présenter une réclamation. Sur ce dernier point, on a aussi noté que les créanciers seraient peut-être disposés à financer une action menée par le représentant de l'insolvabilité, vu les avantages que cela pourrait présenter.

101. S'agissant des autres personnes qui pourraient être habilitées à prendre une mesure d'exécution, on a mis en garde contre le risque d'empiéter sur des procédures pénales (ce qui pourrait se produire si le Ministère public intervenait dans la procédure). Néanmoins, il a été noté qu'il pouvait y avoir des points de recoupement entre les voies de recours civiles et pénales lorsque des actions visant à obtenir une compensation pécuniaire étaient engagées, et qu'il serait peut-être bon de mentionner l'incidence que des procédures pénales existantes pouvaient avoir sur une action engagée dans le cadre de l'insolvabilité.

102. Il a été fait part de l'expérience de certains pays en matière de mesures d'exécution et on a noté que les avantages des procédures simplifiées évitaient les coûts et les retards liés à certains types de procédures.

103. S'agissant du moment de la mesure d'exécution, on a noté que les créanciers pouvaient introduire des recours contre les dirigeants avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais que ceux-ci seraient régis par d'autres branches du droit. Par conséquent, il a été convenu que le Groupe de travail n'en discuterait pas davantage dans le cadre du présent sujet.

104. Un autre recours envisagé dans le document A/CN.9/WG.V/WP.96 est l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur. Il a été dit que ce recours était censé être une sanction administrative et non pénale, même si les risques de chevauchement ont à nouveau été soulignés. Ce recours ne visait pas à punir le dirigeant concerné mais – outre l'effet dissuasif – à protéger le public contre les activités d'une personne qui s'était montrée incapable de gérer une société à

responsabilité limitée. On a jugé que cette voie de recours était secondaire par rapport à la question principale, qui était de rétablir la masse de l'insolvabilité. On a estimé que ce mécanisme était à examiner mais les opinions ont divergé quant à savoir dans quelle mesure le Groupe de travail devait s'y intéresser.

105. Selon un autre avis, ce type de recours était tombé en désuétude car il dénotait une approche punitive désormais jugée non constructive et l'action ainsi engagée empiétait inévitablement sur des questions pénales. Il a aussi été noté qu'on pouvait s'interroger sur l'efficacité d'une telle mesure si le dirigeant visé par l'interdiction pouvait simplement continuer d'exercer en tant qu'administrateur occulte ou dirigeant de fait, ou si aucune mesure n'était adoptée pour s'assurer que l'interdiction soit appliquée internationalement. En revanche, on a estimé que l'éventualité d'une telle interdiction pouvait avoir un effet dissuasif certain. Il a été convenu de revenir à ces questions à une session ultérieure.

106. Le Groupe de travail a examiné les moyens de défense que les dirigeants pourraient invoquer face à une mesure d'exécution. On a noté que les perspectives de redressement informel pourraient être compromises si le risque de voir sa responsabilité engagée était trop élevé. On a fait observer qu'un des moyens de défense possibles était de dire qu'il y avait tout lieu d'escompter que l'entreprise serait solvable, et le dirigeant pouvait très bien à cette fin présenter des comptes reflétant fidèlement les finances de la société, demander conseil à un professionnel qualifié et indiquer que les mesures envisagées étaient dans l'intérêt des créanciers et qu'il procédait à une restructuration. Il a été noté qu'il y avait un lien entre la manière dont l'obligation était formulée et les moyens de défense possibles; les éléments évoqués ci-dessus pouvaient être traités comme des moyens de défense possibles ou comme une manière de s'acquitter de l'obligation principale.

107. On a rappelé les difficultés pratiques que posait une longue procédure portant sur ces questions, notamment celles liées à l'établissement des faits et aux mesures à prendre pour s'acquitter de l'obligation. À cet égard, il a été suggéré de définir l'obligation de manière à décrire les mesures qui devraient informer l'administrateur des risques éventuels (transfert d'une partie des avoirs, transactions dépassant un certain seuil, activités risquées mettant en péril une partie des avoirs, etc.) afin de compléter le principe proprement dit. Dans la pratique, a-t-il été ajouté, l'administrateur aurait la possibilité de présenter son avis quant à l'effet des mesures proposées sur la solvabilité de l'entreprise et, si l'insolvabilité était une possibilité, quelles mesures il avait prises, notamment pour protéger les intérêts des créanciers.

108. Il a été convenu qu'il serait essentiel, lors de l'élaboration des orientations, d'instaurer un juste équilibre entre la promotion d'un comportement approprié et l'empêchement d'une insolvabilité prématurée, et que les questions susmentionnées seraient réexaminées à une session ultérieure.

f) Questions internationales

109. Plusieurs points liés aux questions internationales ont été soulevés. Premièrement, il a été noté que la Loi type n'abordait pas la question de la compétence, qui continuait donc de relever du droit international privé. Le Groupe de travail a été invité à considérer que, dans les procédures liées à l'insolvabilité, les tribunaux spécialisés seraient l'instance appropriée, et que des orientations à cet

égard seraient donc utiles. Deuxièmement, s'agissant de la loi applicable, il a été noté que les diverses solutions prévues dans les systèmes juridiques semblaient fonctionner dans la pratique (en ce qui concernait tant les procédures que les questions de responsabilité et de dommages). Troisièmement, il a été noté que la Loi type permettait à des représentants étrangers d'accéder à d'autres juridictions dans certaines conditions, mais pas dans le cas d'actions en responsabilité. Enfin, on s'est demandé si les moyens de défense utilisés dans un pays pouvaient s'appliquer à des procédures menées dans un autre. Le Groupe de travail a pris note des commentaires formulés et est convenu de revenir sur ces questions à une session ultérieure.

VI. Aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

110. Le Groupe de travail a examiné les aspects judiciaires de la Loi type en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs.

111. À titre d'explication, le Groupe de travail a noté que les participants au colloque judiciaire organisé par la CNUDCI en coopération avec INSOL et la Banque mondiale avaient exprimé le souhait que des informations et des orientations soient fournies aux juges sur les questions internationales et, en particulier, sur la Loi type. En conséquence, la Commission avait chargé le Secrétariat d'élaborer, en consultation avec les praticiens et professionnels de l'insolvabilité, un texte avec la même souplesse que celle qui avait présidé à l'élaboration du *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*[3] (le "Guide pratique") en vue de le présenter au Groupe de travail V pour examen à un stade approprié, puis à la Commission pour finalisation et adoption, si possible en 2011[4].

112. Il a été expliqué que les textes relatifs aux aspects judiciaires étaient de nature purement descriptive, le but étant d'aider les juges à interpréter la Loi type conformément au mandat de la Commission et d'accroître, ce faisant, la prévisibilité et la cohérence de la jurisprudence. Il a en outre été expliqué que ces textes renvoyaient à des affaires pour illustrer différents points de vue adoptés dans l'interprétation de la Loi type. Pour accroître leur utilité, il a été dit qu'il serait souhaitable que ces textes puissent être actualisés en permanence avec les juges et les praticiens. À cette fin, il a été estimé que leur publication sous forme électronique pourrait être particulièrement appropriée.

113. Le Groupe de travail est globalement convenu que les textes relatifs aux aspects judiciaires formeraient un document très utile, qui aiderait les juges aussi bien des pays qui avaient adopté la Loi type que de ceux qui ne l'avaient pas adoptée, où le document faciliterait grandement l'adoption de cet instrument.

114. Dans l'optique de l'incorporation éventuelle d'ajouts ou d'éclaircissements dans les textes relatifs aux aspects judiciaires, il a été soulevé plusieurs points: 1) la question de savoir si un représentant étranger pouvait représenter le débiteur dans une procédure autre qu'une procédure d'insolvabilité (procédure civile) sans

---

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 261.

reconnaissance préalable; 2) la signification de l'expression "participer à une procédure en cours" au paragraphe 29 b) compte tenu du renvoi fait, dans sa note de bas de page, à l'article 12 du document A/CN.9/WG.V/WP.97; 3) la signification du mot "intervenir" au paragraphe 29 d) du document A/CN.9/WG.V/WP.97; 4) la nécessité de traiter la situation des groupes d'entreprises plus en détail; 5) la nécessité de reconnaître que les législations nationales n'exigeraient pas toutes un "établissement" conformément à l'article 2 f) pour une procédure non principale; et 6) la question de savoir si un tribunal de renvoi pouvait revenir sur la décision prise par le tribunal initial en ce qui concernait le centre des intérêts principaux.

115. Il a été proposé d'adopter, pour les textes relatifs aux aspects judiciaires, le titre de "Guide judiciaire", comme cela avait été fait pour d'autres textes de la CNUDCI tels que le Guide législatif et le Guide pratique. En réponse, il a été dit que le mot "guide" n'avait pas été retenu, car il ne rendrait pas suffisamment compte de la nature descriptive du document. Il a été estimé qu'il ne faudrait pas que le titre donne l'impression que les textes relatifs aux aspects judiciaires étaient de nature prescriptive.

116. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait continuer d'élaborer les textes relatifs aux aspects judiciaires compte tenu des observations faites à la session en cours afin de les finaliser, éventuellement, à sa session suivante. Il a invité les États à faire part de leur expérience de la Loi type dans des commentaires qui seraient présentés au Secrétariat en vue de leur prise en compte éventuelle dans l'élaboration d'un projet révisé.

117. Le Groupe de travail s'est vu présenter, par la Banque mondiale, la Norme applicable au traitement de l'insolvabilité et à la protection des droits des créanciers (Norme ICR), élément de l'Initiative du Conseil de stabilité financière sur les normes et les codes que la Banque mondiale utilisait dans les Rapports sur l'observation des normes et des codes (RONC). Il a été rappelé que la Norme ICR incluait déjà les recommandations du Guide législatif et des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Cette norme avait été mise au point en coordination avec le secrétariat de la CNUDCI. Il a en outre été fait savoir au Groupe de travail que la Norme ICR faisait l'objet d'une actualisation destinée à prendre en compte la troisième partie du Guide législatif. Le Groupe a pris note de cette évolution avec satisfaction et a prié le Secrétariat de continuer à participer à ce processus, en étroite collaboration avec la Banque mondiale.

B. Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Introduction 1-4

I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux 5-50

A. Historique 5-7

B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2 8-38

1. Exigence d'insolvabilité du débiteur 8-12

2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère" 13-38

C. Interprétation uniforme et origine internationale – article 8 39-42

D. Reconnaissance 43-50

1. Exception d'ordre public – article 6 43-53

(Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1)

Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs dans le domaine du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107), qui avait recommandé des thèmes de travail possibles à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un autre document (A/CN.9/709), qui avait été soumis après la session du Groupe de travail V, contenait des précisions relatives à la proposition suisse figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. À l'issue de la discussion, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail V tendant à ce que des travaux soient entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité qui étaient importants dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et en prévisibilité.

3. La présente note porte sur le premier thème[1] qui concerne la proposition des États-Unis (décrite au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1) d'élaborer des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) en rapport avec le centre des intérêts principaux et, éventuellement, d'élaborer une loi type ou des dispositions types sur le droit de l'insolvabilité traitant certains problèmes qui se posent dans un contexte international, dont la compétence, l'accès et la reconnaissance, d'une manière qui n'exclurait pas l'élaboration d'une convention[2].

4. Tout d'abord, le Groupe de travail voudra peut-être examiner, ou tout du moins garder à l'esprit, la nécessité de déterminer la forme sous laquelle la première partie de la proposition, à savoir les lignes directrices sur certains concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux, pourrait être présentée et la manière dont elle pourrait l'être. Il a été suggéré dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2 (par. 68 à 70) que, lors de l'examen des questions soulevées ci-dessous, le Groupe de travail explique la logique sous-tendant toute conclusion qu'il pourrait formuler et qui pourrait constituer la base d'orientations aux fins de l'interprétation de la Loi type. Une telle explication pourrait également constituer une sorte d'"historique législatif" utile pour aider les juristes ou les autorités de l'insolvabilité à comprendre la portée et la signification des différentes dispositions de la Loi type. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier les moyens d'atteindre cet objectif. En fonction du degré de détail des orientations que le Groupe de travail voudra donner, différents types de documents pourraient être élaborés, par exemple un document d'information et un commentaire ou des recommandations. Une solution pourrait être d'élaborer un document d'information qui accompagnerait le texte existant de la Loi type et du Guide pour son incorporation dans le droit interne (le Guide pour l'incorporation), tandis qu'une autre serait d'étoffer ou de réviser le Guide pour l'incorporation.

I. Interprétation et application des concepts se rapportant au centre des intérêts principaux

A. Historique

5. À ce jour, la Loi type a été adoptée par 19 pays, et un certain nombre de décisions interprétant divers aspects de la Loi type ont été présentées dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI[3].

6. Dans leur proposition, les États-Unis notent que la majorité des procédures concernant la reconnaissance engagées en vertu de lois incorporant la Loi type ne remettent pas en question le fait que, conformément à la présomption établie à

---

[1] Le deuxième thème (responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises insolvables ou proches de l'insolvabilité) est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.96.

[2] Voir également la proposition de l'Union internationale des avocats (UIA) concernant l'élaboration éventuelle d'une convention (A/CN.9/686, par. 127 à 130).

[3] Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/72, 73, 76 et 92, disponibles en ligne à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/abstracts.html.

l'article 16, le centre des intérêts principaux du débiteur est son siège statutaire[4]. Toutefois, ils notent également qu'un certain nombre de décisions de justice ont soulevé des questions qui pourraient être examinées et clarifiées, dont les suivantes: Dans quelles conditions les divers éléments des définitions figurant à l'article 2 de la Loi type, en particulier de la définition du terme "procédure étrangère" à l'alinéa a), sont-ils réunis? Quelle est l'étendue de ce qui est recevable pour réfuter la présomption fondée sur l'emplacement du siège statutaire ou, dans certains pays, le lieu de constitution qui est énoncée au paragraphe 3 de l'article 16? Est-ce possible de contester la décision d'un État de se reconnaître compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité ou une autre décision analogue et quels critères peuvent être employés pour répondre à ces questions? Les États-Unis estiment que l'harmonisation de ces critères pourrait être un facteur considérable d'amélioration de la prévisibilité dans cet important domaine du droit, d'autant plus que les apports du groupe ayant procédé à la négociation de la Loi type auraient des chances d'être déterminants dans de nombreux pays.

7. La présente note examine les décisions de justice concernant l'interprétation et l'application des divers éléments des définitions énoncées à l'article 2 de la Loi type afin de mieux comprendre l'incidence des problèmes rencontrés ainsi que les domaines qui sont source d'incertitudes.

B. Procédures pouvant être reconnues en vertu de la Loi type: article 2

1. Exigence d'insolvabilité du débiteur

8. Tout d'abord, il convient de noter que la Loi type ne définit pas les termes "insolvabilité" et "procédure d'insolvabilité". Le Groupe de travail avait examiné la possibilité d'inclure une définition de ces termes dans la Loi type, mais avait finalement estimé que cela n'était pas nécessaire. La Loi type ayant pour principal objectif la reconnaissance des procédures étrangères, il a été convenu d'une manière générale que les travaux devraient plutôt viser à définir les caractéristiques que doit présenter une procédure d'insolvabilité étrangère pour pouvoir être reconnue[5].

9. Malgré l'absence de définition, il ressort des documents préparatoires[6] que, bien qu'il soit largement reconnu que différents pays puissent avoir des avis différents sur ce qu'il faut entendre par "procédure d'insolvabilité", l'avis général est que ces procédures impliquent certaines difficultés financières ou un débiteur insolvable. Le Guide pour l'incorporation tient compte de cet avis. Il est noté au paragraphe 51 que le terme "insolvabilité", tel qu'utilisé dans le titre de la Loi type, fait référence à divers types de procédures collectives à l'encontre des débiteurs insolvables. Le paragraphe 71 indique que l'expression "procédure d'insolvabilité" peut avoir un sens technique dans certains systèmes juridiques, mais, à l'alinéa a), elle s'applique au sens large aux sociétés connaissant de graves problèmes financiers.

---

[4] A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 7.

[5] Voir A/CN.9/422, par. 47.

[6] A.CN.9/WG.V/WP.44, 46 et 48 et A/CN.9/422, 433 et 435, disponibles en ligne à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/5Insolvency.html.

10. Le Groupe de travail voudra peut-être rappeler que la définition du terme "insolvabilité" dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif) est la suivante: "état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs.[7]" Il voudra peut-être également rappeler que le Guide législatif énonce les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace (première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandations 1 à 6), ainsi que les caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité (première partie, chap. I, par. 20 à 27 et recommandation 7). Concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les recommandations 15 et 16 du Guide législatif envisagent l'insolvabilité ou l'insolvabilité imminente telle que définie ci-dessus.

11. La Loi type reconnaît que, pour certaines raisons, une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans des circonstances précises définies par la loi et n'impliquant pas nécessairement l'insolvabilité du débiteur. Le paragraphe 195 du Guide pour l'incorporation note que, dans le pays où l'insolvabilité est une condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'article 31 établit, après reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une présomption réfragable d'insolvabilité du débiteur, aux fins de l'ouverture d'une procédure dans ces pays. Le paragraphe 194 indique que ces circonstances peuvent être la cessation de paiements ou l'accomplissement par le débiteur de certains actes tels qu'une décision concernant l'entreprise, la dispersion de ses biens ou l'abandon de son établissement.

12. Dans l'affaire *Betcorp*[8], dont l'objet était la reconnaissance d'une procédure étrangère en vertu d'une législation incorporant la Loi type, la question de l'insolvabilité du débiteur a été soulevée. Cette procédure, dont la reconnaissance était demandée aux États-Unis, était une procédure volontaire de liquidation engagée en vertu de la législation australienne alors que le débiteur n'était pas insolvable[9]. Le tribunal a noté que les dispositions pertinentes de la législation australienne[10] prévoyaient le recours à différentes procédures pour mettre fin à l'existence d'une société; que toutes ces procédures n'étaient pas soumises au contrôle d'un tribunal; et que la loi prévoyait la liquidation d'une société pour cause d'insolvabilité, mais aussi pour des motifs autres que l'insolvabilité. Le tribunal a été d'avis que l'élément de la définition énoncée à l'alinéa a) de l'article 2, "régie par une loi relative à l'insolvabilité", n'exigeait pas que la société soit insolvable ou

---

[7] Guide législatif, glossaire, alinéa aa).

[8] La présente note contient des renvois sous forme abrégée. Les références complètes de ces affaires figurent en annexe.

[9] Lors de sa création en 1998, la société Betcorp opérait seulement en Australie. Elle a ensuite étendu ses activités aux États-Unis où elle fournissait des services de jeu en ligne. Forcée de suspendre ses principales activités aux États-Unis suite à l'adoption en 2006 d'une loi interdisant les jeux d'argent en ligne (Unlawful Internet Gambling Enforcement Act), elle a mis fin à toutes ses activités peu après. À une réunion en septembre 2007, l'immense majorité des actionnaires a voté en faveur de la liquidation volontaire de la société. D'après les documents présentés, la société était solvable.

[10] Australian Corporations Act de 2001 (Loi australienne sur les sociétés). Bien que le chapitre 5 de la cette loi traite de l'administration externe, la procédure concernée dans l'affaire *Betcorp* a été ouverte en vertu de la section 5.5 du chapitre 5 qui porte sur la liquidation volontaire en application d'une décision d'une société et qui dispose que la société doit être solvable.

qu'elle envisage de se prévaloir d'une disposition quelconque de la législation australienne pour obtenir l'aménagement d'une dette[11].

2. Éléments de la définition du terme "procédure étrangère"

13. Pour être reconnue en vertu de la Loi type, une procédure étrangère doit entrer dans la définition donnée à l'alinéa a) de l'article 2 qui énonce plusieurs éléments. La procédure devrait être (italiques ajoutés):

i) Une procédure *collective* judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans un État étranger;

ii) Régie par une *loi relative à l'insolvabilité*;

iii) Dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur *sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger*;

iv) *Aux fins de redressement ou de liquidation*.

14. Le paragraphe 1 de l'article 16 crée une présomption qui renvoie à la définition des termes "procédure étrangère" et "représentant étranger" à l'article 2. Si la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger indique que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa a) de l'article 2 et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'alinéa d) de l'article 2, le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.

15. Les tribunaux se sont appuyés sur cette présomption dans plusieurs affaires. Dans l'affaire *Ernst & Young*, la décision d'un tribunal canadien de nommer un administrateur judiciaire a été reconnue aux États-Unis en tant que procédure étrangère en vertu du chapitre 15. Bien que s'étant interrogé sur la nature du règlement judiciaire canadien, le tribunal des États-Unis n'a pas pris ce point en considération mais s'est fondé sur le contenu de la décision du tribunal canadien désignant l'administrateur[12].

16. Dans l'affaire *Innua Canada*, le tribunal des États-Unis a également reconnu le règlement judiciaire canadien en tant que procédure étrangère. La reconnaissance s'appuyait sur le fait que le tribunal canadien qui avait nommé l'administrateur avait déclaré dans son ordonnance que celui-ci était le représentant étranger d'une procédure étrangère et l'avait expressément autorisée à demander la reconnaissance de la procédure aux États-Unis en vertu du chapitre 15. Le tribunal des États-Unis a estimé qu'il pouvait donc appliquer la présomption énoncée au paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type[13].

17. Les questions soulevées dans les affaires concernant l'article 2 portent parfois seulement sur un ou deux éléments. La présente note examine chacun de ces éléments séparément, même s'il convient de noter, comme l'a fait la cour d'appel anglaise dans l'affaire *Stanford International Bank*, que chacun des facteurs

---

[11] *Betcorp*, p. 282, voir ci-après par. 28. Il convient de noter que la définition du terme "procédure étrangère" dans le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (United States Bankruptcy Code), qui incorpore la Loi type aux États-Unis, contient non seulement les mots "loi relative à l'insolvabilité", mais aussi les mots "ou l'aménagement d'une dette".

[12] *Ernst & Young*, p. 776.

[13] Affaire *Innua Canada Ltd*, citée dans l'affaire *Stanford international Bank*, par. 80.

susmentionnés doit être examiné mais que la définition doit être considérée dans son intégralité[14].

a) Procédure collective

18. Le Guide pour l'incorporation note que les créanciers doivent participer collectivement à la procédure étrangère, l'objet de la procédure n'étant pas d'aider un créancier en particulier à obtenir paiement[15]. Il note également que diverses procédures collectives pourraient être ainsi reconnues, "qu'elles soient obligatoires ou volontaires, qu'elles fassent intervenir des personnes morales ou des personnes physiques, qu'elles aient pour but la liquidation ou le redressement", ou qu'il s'agisse de procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal (par exemple, débiteur en possession, suspension des paiements)[16]. Lors des délibérations du Groupe de travail, on a fait remarquer que "le caractère collectif de la procédure impliquait la représentation de la masse des créanciers"[17]. Le Groupe de travail voudra peut-être rappeler que le Guide législatif énonce les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective et qu'un certain nombre de ces principes explicitent le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité[18]. La question du caractère collectif de différents types de procédures a été soulevée dans plusieurs affaires en rapport avec des demandes de reconnaissance de procédures étrangères en vertu de la législation incorporant la Loi type dans différents États.

19. Dans l'affaire *Betcorp*, la procédure ouverte en vertu de la législation australienne a été reconnue aux États-Unis parce qu'elle remplissait les conditions requises pour être considérée comme une procédure "collective" au sens de la Loi type dans la mesure où elle tenait compte des droits et obligations de tous les créanciers et réalisait les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. Le tribunal des États-Unis a noté que cela était très différent d'une mise sous administration judiciaire ordonnée à la demande et dans l'intérêt d'un seul créancier garanti[19].

20. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais saisi d'une demande de reconnaissance en vertu de la législation incorporant la Loi type en Angleterre a estimé que la mise sous administration judicaire ordonnée par le tribunal des États-Unis n'était pas une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité. Il a fondé sa décision sur le fait que la mise sous administration judiciaire avait été ordonnée après l'intervention de l'United Securities Exchange Commission (SEC) afin de mettre un terme à une fraude massive[20]. Il a estimé que l'objet de la décision était d'éviter un préjudice aux investisseurs et non de redresser le débiteur ou de réaliser les actifs dans l'intérêt de tous les créanciers. Cet avis a été maintenu en appel, essentiellement pour les motifs énoncés en première instance.

---

[14] *Stanford International Bank* (en appel), par. 23.
[15] Guide pour l'incorporation, par. 23.
[16] Ibid., par. 24.
[17] A/CN.9/422, par. 48.
[18] Guide législatif, première partie, par. 3 à 13.
[19] *Betcorp*, p. 281.
[20] *Stanford International Bank*, par. 73.

21. Dans l'affaire *Gold & Honey*, le tribunal des États-Unis a refusé de reconnaître une procédure israélienne de mise sous administration judiciaire, estimant qu'il ne s'agissait pas d'une procédure d'insolvabilité ni d'une procédure collective du fait que les administrateurs judiciaires n'étaient pas tenus de prendre en considération les droits et obligations de tous les créanciers. Le tribunal a fait remarquer que cette procédure s'apparentait plus à une action en revendication par un créancier particulier qu'à un redressement ou à une liquidation engagés par un fiduciaire indépendant à la demande d'un débiteur pour rembourser tous les créanciers sous le contrôle d'un tribunal en vue d'assurer un traitement équitable[21].

22. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal est parvenu aux mêmes conclusions que dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* en ce qui concerne la signification du terme "procédure collective". Il a ajouté qu'il fallait entendre par "procédure collective" non seulement l'examen et le traitement possible des divers types de créances mais aussi la participation éventuelle des créanciers à une procédure étrangère. La notification des créanciers, y compris des créanciers chirographaires, peut jouer un rôle dans cette analyse. Pour déterminer si une procédure étrangère est bien collective comme cela est exigé, il convient d'examiner à la fois la loi qui la régit et ses attributs tels qu'ils sont définis par exemple dans les décisions du tribunal étranger chargé de la surveiller[22].

23. Dans l'affaire *Rubin* c. *Eurofinance*, la cour d'appel a noté qu'il ne faisait aucun doute que la procédure était collective, mais a fait observer qu'elle l'était parce qu'elle visait à rassembler et distribuer les actifs du débiteur[23]. Elle a mentionné une autre affaire dans laquelle on avait fait remarquer que l'insolvabilité, tant des particuliers que des sociétés, était une procédure collective qui visait à faire respecter des droits et non à en créer[24]. Elle a estimé que les procédures de faillite prévoyaient divers mécanismes [concernant en l'espèce le régime d'exécution collective des procédures d'insolvabilité] qui permettaient au représentant de l'insolvabilité d'engager des actions contre des tiers dans l'intérêt collectif de tous les créanciers. Ces mécanismes sont inhérents au caractère collectif de la faillite et ne sont pas de simples éléments de procédure accessoires[25].

b) Régie par une loi relative à l'insolvabilité

24. Les documents préparatoires précisent que cette formule a été retenue pour indiquer que la liquidation et le redressement pouvaient être réalisés en application d'une loi autre que, à strictement parler, la loi sur l'insolvabilité (droit des sociétés par exemple)[26]. Elle a été retenue par le Groupe de travail, qui l'a jugée "suffisamment large pour englober toutes les dispositions concernant l'insolvabilité, quel que soit le type de texte où elles étaient énoncées"[27].

---

21 *Gold & Honey*, p. 370.
22 *British American Insurance*, p. 902.
23 *Rubin* c. *Eurofinance* (en appel), par. 41.
24 *Cambridge Gas Transportation Corporation* c. *Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508, Lord Hoffman, par. 15.
25 *Rubin* c. *Eurofinance* (en appel), par. 61.
26 A/CN.9/WG.V/WP.44, notes relatives à l'article 2 c), par. 2.
27 A/CN.9/422, par. 49.

25. La question de savoir ce qui constitue "une loi relative à l'insolvabilité" a été examinée par plusieurs tribunaux, notamment pour déterminer si une procédure de mise sous administration judiciaire constituait une procédure étrangère qui pouvait être reconnue.

26. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais a estimé que la procédure engagée par la Securities Exchange Commission ("SEC") aux États-Unis ne constituait pas une procédure étrangère car, entre autres, elle ne se fondait pas sur une loi relative à l'insolvabilité[28]. Il a dit que la cause profonde de l'instance qui avait conduit à la décision de mise sous administration judiciaire n'était aucunement liée à l'insolvabilité et que la plainte de la SEC ne comportait aucune allégation d'insolvabilité[29]. Il a en outre déclaré que le fait que certaines mises sous administration judiciaire puissent être considérées, à certaines fins, comme des "procédures d'insolvabilité" ou traitées comme des substituts acceptables de l'insolvabilité ne signifiait pas qu'elles remplissaient les conditions requises pour être considérées comme des procédures étrangères au sens de la Loi type[30]. Il a estimé que les règles générales de la *common law* et les principes d'équité régissant la nomination d'un administrateur judiciaire et le redressement judiciaire ne constituaient pas une loi relative à l'insolvabilité, car ils s'appliquaient à de nombreuses situations différentes, qui n'avaient souvent aucun lien avec l'insolvabilité[31].

27. En appel, le président du tribunal a examiné plus avant la nature d'une "loi relative à l'insolvabilité" et conclu que celle-ci ne devait pas nécessairement être de nature législative (c'est-à-dire qu'elle pouvait inclure la *common law*) ni être relative exclusivement à l'insolvabilité. Le tribunal a estimé qu'il fallait d'abord déterminer la loi en application de laquelle la procédure concernée avait été engagée, puis vérifier si cette loi était liée à l'insolvabilité et si les autres conditions visées dans la définition de l'article 2 pouvaient être considérées comme remplies[32].

28. Le président a largement souscrit au raisonnement de l'instance inférieure et a ajouté que le fait qu'un tribunal puisse ultérieurement prendre des décisions donnant effet à un processus pouvant être reconnu comme une procédure d'insolvabilité était sans importance tant qu'il ne l'avait pas fait. Les principes de *common law* ou d'équité n'étaient pas liés à l'insolvabilité tant qu'ils n'étaient pas invoqués à cette fin[33].

29. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a noté que cet élément de la définition n'exigeait pas que la société soit insolvable ou envisage de se prévaloir d'une disposition quelconque de la loi australienne pour aménager sa dette. Pour parvenir à la conclusion selon laquelle la procédure australienne satisfaisait à cette partie de la définition, le juge a invoqué l'exhaustivité de la loi australienne sur les sociétés (en vertu de laquelle la procédure volontaire de liquidation avait été ouverte) et un mémoire du Gouvernement australien expliquant pourquoi la loi sur les sociétés satisfaisait aux critères de la Loi type. Pour ce qui est du premier point,

---

[28] *Stanford International Bank*, par. 84.
[29] Id., par. 84 iii).
[30] Id., par. 84 viii).
[31] Id., par. 84 ix).
[32] *Stanford International Bank* (en appel), par. 24.
[33] Id., par. 26.

le tribunal a noté que cette loi réglementait l'intégralité du cycle de vie d'une société australienne et que le chapitre 5, qui contenait les dispositions relatives à la liquidation volontaire, régissait l'insolvabilité des sociétés. S'agissant du deuxième point, il a, à propos du mémoire explicatif qui accompagnait le texte incorporant la Loi type en Australie, noté que les tribunaux australiens pouvaient utiliser ce type de mémoire pour interpréter les lois adoptées par le Parlement. Ce mémoire mentionnait aussi bien les parties du chapitre 5 de la loi sur les sociétés qui seraient couvertes par la Loi type, que celles qui en seraient exclues; comme la partie qui traitait des liquidations volontaires n'était pas expressément exclue, le tribunal a conclu que celles-ci seraient couvertes par la Loi type[34].

c) Contrôle ou surveillance des biens et affaires du débiteur par un tribunal étranger

30. Le Guide pour l'incorporation indique que les procédures étrangères incluent des procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal[35], mais il ne précise pas le degré de contrôle ou de surveillance requis pour satisfaire la définition, ni le moment où cette surveillance ou ce contrôle doivent commencer. D'après les documents préparatoires, cette formulation a été adoptée pour souligner la nature officielle de l'exigence de contrôle ou de surveillance et préciser que "les accords privés d'aménagement financier qui pouvaient être passés par les parties hors de toute procédure judiciaire ou administrative [et qui] pouvaient prendre toute une série de formes"[36] ne se prêtaient pas à une inclusion dans une règle générale sur la reconnaissance. Certains aspects de cette exigence ont été examinés dans le cadre de plusieurs affaires.

31. Dans l'affaire *Gold & Honey*, le tribunal a été d'avis que tant les biens que les affaires devaient être soumis au contrôle ou à la surveillance des tribunaux. Il a estimé que les administrateurs judiciaires avaient prouvé que tous les biens du débiteur situés en Israël étaient placés sous le contrôle du tribunal israélien dans le cadre de la procédure d'administration judiciaire, mais qu'il n'y avait pas de preuve qu'ils avaient reçu pouvoir pour ce qui était des affaires commerciales du débiteur. En outre, le prêteur (qui avait demandé la nomination d'un administrateur

---

[34] *Betcorp*, p. 281 et 282. Le mémoire explicatif citait également la dernière phrase du paragraphe 71 du Guide pour l'incorporation, qui mentionne les "sociétés connaissant de graves problèmes financiers" (chap. 2, par. 12 du mémoire) – voir plus haut, par. 9. Ce mémoire peut être consulté à l'adresse http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/$file/13020811.pdf. Un document de travail établi en vue de l'adoption de la Loi type en Australie adoptait une position différente, puisqu'il notait que, dans le contexte du droit australien des sociétés, la portée de la Loi type s'étendrait aux liquidations causées par l'insolvabilité, aux reconstitutions et aux redressements en vertu de la partie 5.1 et à la mise sous administration volontaire en vertu de la partie 5.3A. Elle ne s'étendrait pas aux mises sous administration judiciaire impliquant la nomination privée d'un contrôleur. Elle ne s'étendrait pas non plus à la liquidation volontaire d'un membre ni à sa liquidation par un tribunal pour des motifs justes et équitables, car ce genre de procédure n'était pas nécessairement lié à l'insolvabilité. CLERP 8 (2002), p. 23, disponible à l'adresse http://www.treasury.gov.au/documents/448/PDF/CLERP8.pdf.

[35] Guide pour l'incorporation, par. 24.

[36] A/CN.9/419, par. 29.

judiciaire) a reconnu dans sa plaidoirie que les administrateurs judiciaires n'avaient pas été chargés des affaires commerciales de l'une des entités débitrices[37].

32. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a estimé que l'exigence d'un contrôle ou d'une surveillance exercé par un tribunal étranger était satisfaite par le contrôle administratif ou judiciaire des liquidateurs chargés d'administrer la procédure collective au nom de tous les créanciers. L'autorité chargée de la surveillance générale des liquidateurs dans l'exercice de leurs fonctions pouvait exiger que ceux-ci obtiennent une autorisation avant de prendre certaines mesures et pouvait suspendre ou révoquer la qualité de liquidateur de chacun. Sur cette base, il a été estimé qu'elle constituait une autorité compétente pour contrôler ou superviser une procédure étrangère aux fins de la définition d'une "procédure étrangère"[38]. Il a été fait référence à l'affaire *Tradex Swiss*, dans laquelle la Commission fédérale des banques suisse avait été considérée comme un tribunal étranger en vertu du chapitre 15, car elle contrôlait et supervisait la liquidation de courtiers en valeurs mobilières, tels que le débiteur. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal a estimé que la procédure de liquidation était aussi soumise à la surveillance des tribunaux, car le liquidateur ou un créancier quelconque pouvait demander au tribunal de statuer sur toute question concernant la liquidation, et le tribunal pouvait prendre toute mesure qu'il jugeait appropriée en relation avec les actes d'un liquidateur. L'exigence du contrôle ou de la surveillance exercé par un tribunal étranger pouvait aussi être satisfaite sur cette base[39].

33. Dans l'affaire *Multicanal*, qui n'a pas été tranchée selon la Loi type mais qui impliquait la reconnaissance d'une procédure argentine aux États-Unis, le tribunal américain a examiné la participation du tribunal argentin à un accord de restructuration de la dette. L'argument principal était que la surveillance de la procédure par le tribunal ne répondait pas aux conditions requises pour être reconnue car elle n'avait été introduite qu'une fois la procédure d'appel à voter terminée et le tribunal n'était autorisé à examiner que certains aspects limités de la procédure, tels que la question de savoir si l'état de l'actif et du passif du débiteur était exact et si les majorités réglementaires avaient été obtenues lors de la procédure de vote. Après avoir analysé en détail la procédure argentine, le tribunal a conclu qu'elle présentait de nombreux points communs avec une procédure américaine analogue, y compris pour ce qui était de la surveillance judiciaire, et constituait le type de procédure qui pouvait être reconnu conformément à la législation américaine[40].

34. Une autre question qui se pose en relation avec cet élément de la définition et avec la définition du "représentant étranger" est celle de savoir si l'entité administrée par un représentant étranger est un "débiteur" aux fins de la loi nationale qui sera appliquée par le tribunal concerné, ce terme n'étant pas défini dans la Loi type.

35. Une question de ce type s'est posée dans l'affaire *Rubin* c. *Eurofinance*. Le tribunal des États-Unis avait nommé des administrateurs judiciaires et des gérants pour un débiteur désigné sous le nom de "The Consumers Trust". Une fiducie

---

37 *Gold & Honey*, p. 371.
38 *Betcorp*, p. 284.
39 Id.
40 *Multicanal*, p. 509.

répondant à cette description (business trust) était reconnue en tant qu'entité juridique par la loi américaine. Lorsqu'une demande de reconnaissance a été soumise au tribunal anglais, on a fait valoir que, comme la loi anglaise ne considérait pas une telle fiducie comme une entité juridique, celle-ci ne constituait pas un "débiteur" aux fins de la reconnaissance selon la législation incorporant la Loi type. Le juge a rejeté cet argument au motif que, compte tenu des origines internationales de la Loi type, il serait pernicieux de donner une interprétation locale au terme "débiteur"[41].

d) Aux fins de redressement ou de liquidation

36. Cette question a été examinée dans le cadre d'affaires impliquant la nomination d'administrateurs judiciaires, en relation avec l'objectif de la procédure étrangère et le point de savoir si les pouvoirs accordés aux administrateurs étaient adaptés à la conduite d'une liquidation ou d'un redressement.

37. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, l'instance inférieure a estimé que, pour déterminer si la mise sous administration judiciaire américaine constituait une procédure étrangère conformément à l'article 2, il était important d'examiner les pouvoirs effectivement conférés et les devoirs effectivement imposés à l'administrateur par l'ordonnance du tribunal américain. Citant comme exemple l'affaire *Gold & Honey*, le tribunal a déclaré que le label "administration judiciaire étrangère" n'était pas vraiment déterminant pour les questions de reconnaissance. Il a conclu que l'objectif déclaré de l'ordonnance était d'empêcher la dispersion et le gaspillage, et non de liquider ou de restructurer le patrimoine des débiteurs; que le préjudice que le tribunal voulait éviter était celui pouvant être subi par les investisseurs; que les pouvoirs conférés et les devoirs imposés à l'administrateur judiciaire visaient à réunir et à préserver les biens, et non à les liquider ou à les distribuer; et que, selon l'ordonnance, l'administrateur n'était pas habilité à distribuer les biens des défendeurs[42]. Ce faisceau d'éléments a amené le tribunal à conclure que la procédure ne constituait pas une procédure étrangère. En appel, le président du tribunal a estimé, comme il est noté plus haut, qu'à l'étape à laquelle la demande avait été examinée, la procédure engagée par la SEC ne visait pas la liquidation ou le redressement, mais la protection des investisseurs et des biens du débiteur. Le fait qu'un tribunal américain puisse ultérieurement prendre des décisions donnant effet à un processus pouvant être reconnu comme une procédure d'insolvabilité était sans importance tant qu'il ne l'avait pas fait[43].

e) Questions à examiner

38. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes soulevées par les affaires susmentionnées en relation avec la définition d'une "procédure étrangère":

a) Question de savoir si une procédure étrangère doit satisfaire tous les éléments de la définition pour pouvoir être reconnue;

---

[41] *Rubin* c. *Eurofinance*, par. 39 et 40; confirmé en appel.
[42] *Stanford International Bank*, par. 84.
[43] *Stanford International Bank* (en appel), par. 26.

b) Question de savoir s'il faut établir des critères permettant de déterminer ce qui constitue une procédure collective, dans quelle mesure le Guide législatif pourrait être utile à cet effet et si des procédures non collectives devraient pouvoir être reconnues;

c) Question de savoir si l'insolvabilité ou les difficultés financières sont un élément de la définition de la "procédure étrangère" et sont par conséquent requises pour la reconnaissance;

d) Degré de contrôle ou de surveillance des biens et affaires du débiteur que doit exercer un tribunal étranger pour que les critères de la définition soient satisfaits;

e) Le moment à partir duquel la procédure devrait avoir pour objet la liquidation ou le redressement: lorsque la reconnaissance est demandée ou à un moment ultérieur s'il est possible que des pouvoirs additionnels soient octroyés; et

f) Question de savoir s'il est nécessaire de définir le terme "débiteur" aux fins de la Loi type.

C. Interprétation uniforme et origine internationale – article 8

a) Signification de l'article 8

39. L'article 8 de la Loi type prévoit que, pour l'interprétation de la Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Le Guide pour son incorporation note qu'une disposition analogue à celle qui figure à l'article 8 existe dans un certain nombre de traités de droit privé, notamment ceux des Nations Unies, et dans des lois types, notamment celles de la CNUDCI[44]. L'importance de l'article 8 pour l'interprétation est relevée dans les décisions d'un certain nombre de tribunaux.

40. Dans l'affaire *Bear Stearns*, par exemple, le tribunal a noté que le chapitre 15 demandait également aux tribunaux de s'inspirer de l'application de lois similaires dans des pays étrangers. "Pour interpréter le présent chapitre, le tribunal tient compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir une application du chapitre correspondant à celle de lois similaires adoptées par des pays étrangers."[45] Dans l'affaire *Stanford International Bank*, la cour d'appel a noté que, pour l'interprétation du texte incorporant la Loi type, il fallait se référer aux documents du groupe de travail de l'ONU qui avait élaboré cette loi et au Guide pour son incorporation qui avait été établi en réponse à la demande formulée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en mai 1997[46]. Dans l'affaire *Rubin* c. *Eurofinance*, la cour d'appel a estimé que, compte tenu des similitudes frappantes qui existaient à certains égards entre les législations anglaise et américaine, une interprétation harmonisée se justifiait[47].

---

[44] Guide pour l'incorporation, par. 91.

[45] *Bear Stearns*, p. 10.

[46] *Stanford International Bank* (en appel), jugement du Chancelier, par. 4; voir aussi *Rubin* c. *Eurofinance*, par. 40.

[47] *Rubin* c. *Eurofinance* (en appel), par. 60.

41. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a indiqué que, selon la section 1508 du chapitre 15, pour l'interprétation de formules telles que "centre des intérêts principaux", le tribunal devait examiner comment celles-ci avaient été interprétées dans d'autres pays qui avaient adopté des lois similaires, c'est-à-dire qu'il ne devait pas seulement examiner des affaires nationales, mais aussi des affaires tranchées par les tribunaux d'autres pays. Il ressort de l'histoire législative des États-Unis que ces sources non seulement sont convaincantes, mais en plus font progresser l'objectif clef de l'uniformité d'interprétation[48]. Comme il est noté plus haut (par. 28), le tribunal a tenu compte non seulement d'affaires tranchées par d'autres tribunaux, mais aussi de divers documents de référence et documents explicatifs relatifs au droit d'autres pays.

b) Questions à examiner

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut donner des indications plus précises sur les sources à utiliser pour faciliter l'interprétation de la Loi type en application de l'article 8.

D. Reconnaissance

1. Exception d'ordre public – article 6

a) Interprétation de l'article 6

43. L'article 6 de la Loi type prévoit une exception à la reconnaissance d'une procédure étrangère lorsque cette reconnaissance serait "manifestement contraire à l'ordre public" de l'État concerné. Le Guide pour l'incorporation indique que, en général, cette exception devrait être interprétée de manière restrictive et qu'elle ne devrait être invoquée que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant[49]. Les discussions tenues à la trentième session de la Commission ont confirmé que cet article ne devait se rapporter qu'aux principes fondamentaux du droit, en particulier aux garanties constitutionnelles et aux droits individuels, et devait être utilisé uniquement pour refuser, par exemple, d'appliquer une loi étrangère, lorsque cela irait à l'encontre de ces principes fondamentaux. Il a été noté, par exemple, que si les tribunaux appliquaient leur notion "nationale" d'ordre public à la reconnaissance de décisions judiciaires étrangères, "très rares seraient celles qui auraient des chances d'être reconnues puisque la plupart des procédures étrangères s'écarteraient, d'une façon ou d'une autre, des procédures qui étaient régies dans le droit interne par des règles impératives.[50]" Le mot "manifestement" avait été utilisé pour éviter des situations où une coopération en vertu de la Loi type serait entravée par le fait que la démarche ou la mesure particulières seraient considérées comme contraires à un simple détail de caractère impératif[51].

44. Dans l'affaire *Ephedra*, qui impliquait la reconnaissance d'une procédure canadienne aux États-Unis, l'incapacité d'avoir un procès avec jury pour certaines

---

[48] *Betcorp*, p. 289.
[49] Guide pour l'incorporation, par. 86 à 89.
[50] A/52/17, par. 171.
[51] Id., par. 172.

questions qui devaient être résolues dans la procédure canadienne, dans des circonstances où il existait, aux États-Unis, un droit constitutionnel à un tel procès, a été jugée comme n'étant pas manifestement contraire à l'ordre public des États-Unis. Le tribunal a jugé que l'exception devait être interprétée de manière restrictive et se limiter aux principes les plus fondamentaux des États-Unis[52].

45. Dans l'affaire *Ernst & Young*, les parties qui contestaient la reconnaissance de la mise sous administration judiciaire canadienne aux États-Unis ont avancé deux arguments liés à l'exception d'ordre public. Premièrement, elles soutenaient que les investisseurs du Colorado (ou, de manière plus générale, les investisseurs américains) recevraient probablement un montant moins élevé dans la procédure canadienne, qui comprendrait des créanciers canadiens et israéliens, que celui qu'ils recevraient du tribunal du Colorado ou du tribunal fédéral. Le tribunal n'a pas été convaincu par cet argument, car il estimait que tous les investisseurs lésés devaient se répartir les biens réunis dans le cadre de la procédure d'administration judiciaire, indépendamment de leur nationalité ou du lieu où ils se trouvaient[53].

46. Deuxièmement, les parties contestant la reconnaissance soutenaient que les coûts associés à la procédure canadienne épuiseraient les biens des débiteurs à tel point que les montants distribués aux investisseurs lésés seraient minimes. Toutefois, ces parties n'ont fourni aucune preuve à l'appui de cette allégation, mais ont seulement indiqué que l'administrateur judiciaire était une société internationale. Le tribunal américain a estimé que la liquidation avait effectivement un coût, que la procédure soit locale ou étrangère. Par conséquent, il n'a trouvé aucun élément permettant de conclure que la procédure produirait un résultat tellement différent qu'elle serait "manifestement contraire" à l'ordre public des États-Unis.

47. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal américain a refusé de reconnaître une procédure israélienne pour des motifs d'ordre public. Alors qu'une procédure avait déjà été ouverte aux États-Unis au titre du chapitre 11 et que la suspension automatique des poursuites avait pris effet, une décision de mise sous administration judiciaire a été prise en Israël à l'encontre de la même société débitrice. Le juge américain a refusé de reconnaître la procédure israélienne au motif qu'une telle reconnaissance récompenserait et légitimerait la violation de la suspension automatique et des décisions ultérieures du tribunal américain concernant cette suspension[54]. Estimant que cette reconnaissance entraverait sérieusement la capacité du tribunal américain de concrétiser deux des principes et objectifs fondamentaux de la suspension automatique – à savoir empêcher un créancier d'obtenir un avantage par rapport aux autres et permettre la distribution efficace et ordonnée des biens du débiteur à tous les créanciers, en fonction de leur priorité respective[55] – le juge a décidé que les critères requis pour invoquer une exception d'ordre public étaient remplis.

48. Dans l'affaire *Metcalfe and Mansfield*, le représentant étranger canadien demandait, en plus de la reconnaissance, que certaines décisions canadiennes soient exécutées aux États-Unis, conformément à la loi applicable à l'exécution des

---

[52] *Ephedra*, p. 336 et 337.
[53] *Ernst & Young*, p. 781.
[54] *Gold & Honey*, p. 371.
[55] Id., p. 372.

jugements étrangers, aux principes de courtoisie internationale et aux dispositions relatives à l'ordre public du chapitre 15. Aucune objection n'a été faite à la reconnaissance de la procédure canadienne. Le tribunal, citant l'affaire *Bear Stearns*, a noté que la reconnaissance dépendait des critères objectifs de l'équivalent américain de l'article 17 de la Loi type, mais que les mesures postérieures à l'ouverture étaient largement discrétionnaires et dépendaient de facteurs subjectifs qui intégraient des principes de courtoisie. Le tribunal a jugé que les mesures octroyées dans la procédure étrangère et les mesures qui pouvaient l'être dans une procédure américaine n'étaient pas nécessairement identiques. Pour lui, l'élément crucial était la question de savoir si les procédures suivies au Canada respectaient les normes fondamentales d'équité des États-Unis. Le tribunal a conclu que la disposition du chapitre 15 correspondant à l'article 6 n'interdisait pas de déférer aux décisions canadiennes dans cette affaire[56].

49. Une question qui a suscité un certain intérêt était celle de savoir si l'exception d'ordre public pouvait être invoquée, par exemple, pour s'opposer à la pratique consistant à rechercher le for le plus avantageux, qui permettait au débiteur d'améliorer sa position au détriment des créanciers, ou à un comportement contraire à la loi de l'État reconnaissant la procédure. Dans une affaire qui n'a pas été tranchée en vertu de la Loi type, mais qui est liée à l'affaire *Stanford International Bank*, un tribunal canadien a jugé que le comportement des liquidateurs d'Antigua, qui demandaient la reconnaissance au Canada, était contraire à la loi canadienne. Cela les privait de leur qualité pour agir et présenter leur demande de reconnaissance de la procédure antiguaise au Canada[57].

b) Questions à examiner

50. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes en relation avec l'application et l'interprétation de l'exception d'ordre public prévue à l'article 6:

a) Question de savoir s'il pourrait être utile, pour l'application et l'interprétation de cet article, de préciser les circonstances dans lesquelles l'exception pourrait être retenue par un tribunal appelé à se prononcer sur des questions de reconnaissance en vertu de la Loi type; et

b) Question de savoir si, dans les cas où une partie qui demande des mesures en vertu de la Loi type a violé les lois ou les procédures applicables dans le pays concerné, cette violation devrait permettre d'invoquer l'exception d'ordre public pour refuser la reconnaissance.

---

[56] *Metcalfe and Mansfield*, p. 697 et 698.

[57] Faillite de la Stanford International Bank, 11 septembre 2009, Cour supérieure du district de Montréal, Québec, décision relative à la demande des liquidateurs, par. 59.

A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Interprétation et application de concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux (*suite*) 1-43

D. Reconnaissance (*suite*). 1-43

2. Procédure principale et non principale. 1-3

3. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions 4-37

4. Établissement 38-43

Annexe . . . . . .

I. Interprétation et application de concepts en rapport avec le centre des intérêts principaux (*suite*)

D. Reconnaissance (*suite*)

2. Procédure principale et non principale

1. L'article 17 de la Loi type prévoit qu'une procédure étrangère, au sens de l'alinéa a) de l'article 2, est reconnue soit en tant que procédure étrangère principale, soit en tant que procédure étrangère non principale.

2. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel des États-Unis a fait observer que, pour être reconnue et pour que les mesures prévues au chapitre 15 puissent être accordées, une procédure étrangère devait être décrite soit comme une procédure étrangère principale, soit comme une procédure étrangère non principale. Si elle n'est ni l'une ni l'autre, dit la cour, elle ne peut tout simplement pas être reconnue[1]. Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Loi type ne prévoit que la reconnaissance de ces deux types de procédure; une procédure ouverte en raison de la présence de biens ne peut être reconnue, même si la présence de biens peut constituer une raison

[1] Affaire *Yuval Ran* (2010), p. 6.

suffisante pour entamer une procédure locale après reconnaissance d'une procédure étrangère principale[2].

a) Questions à examiner

3. La proposition des États-Unis note qu'un tribunal doit être compétent pour pouvoir agir et statuer sur les questions qui lui sont présentées. Deux questions se posent à cet égard:

a) Un tribunal devrait-il être fondé à considérer, comme condition préalable à la reconnaissance, qu'une procédure au titre de la Loi type est une procédure étrangère principale ou une procédure étrangère non principale? et

b) La procédure à établir devrait-elle l'être pour procéder à cette détermination de manière claire et nette et un menu d'options devrait-il être élaboré, de façon que le processus puisse être harmonisé dans la mesure du possible?[3]

3. Détermination du centre des intérêts principaux – article 16 Présomptions

4. L'article 16 de la Loi type établit une présomption que le tribunal peut invoquer pour déterminer le centre des intérêts principaux. Le paragraphe 3 prévoit que, sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumée être le centre de ses intérêts principaux. Le paragraphe 122 du Guide pour l'incorporation énonce clairement que l'article 16 établit des présomptions permettant au tribunal d'accélérer le processus relatif à la preuve, ce qui n'empêche pas, conformément au droit procédural applicable, la demande ou l'évaluation d'autres preuves si la conclusion découlant de la présomption est mise en doute par ledit tribunal ou par une partie intéressée.

a) Réfutation de la présomption et de la charge de la preuve

5. Un certain nombre de cas ont soulevé des questions qui ont trait à la détermination du centre des intérêts principaux et à l'interprétation de la présomption visée à l'article 16. Les questions particulières soulevées concernent la réfutation de la présomption et les facteurs qui seraient pertinents à cet égard, notamment dans le cas d'une société débitrice. Sachant que le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (le Règlement CE) utilise un concept similaire, les cas en relation avec le centre des intérêts principaux sur lesquels il a été statué en application de ce Règlement peuvent être pertinents pour l'interprétation de la Loi type, conformément à l'article 8. Le Guide pour l'incorporation note que la notion de centre des intérêts principaux correspond à la formulation faite à l'article 3 de la convention qui était le précurseur du Règlement CE et reconnaît qu'il est souhaitable de "renforcer l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure 'principale'[4]. Le Groupe de

---

[2] Voir article 28. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans l'État d'ouverture.

[3] A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 67.

[4] Voir A/52/17, par. 153, où il est indiqué que "l'interprétation du terme dans le contexte de la convention serait également utile dans le contexte des Dispositions types". Il faut noter que le Règlement CE ne définit pas le centre des intérêts principaux, mais prévoit, dans le considérant 13, que le terme devrait correspondre "au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Voir également Guide pour l'incorporation,

travail se souviendra que si les concepts sont similaires dans les deux textes, ils ont en revanche un objectif différent. La détermination du centre des intérêts principaux dans le Règlement CE porte sur l'État dans lequel la procédure principale devrait être entamée. Dans la Loi type, elle porte sur les effets de la reconnaissance, qui priment par rapport aux mesures disponibles pour faciliter la procédure étrangère.

i) Décisions rendues dans l'Union européenne

6. Dans l'affaire principale examinée au titre du Règlement CE, *Eurofood*, la Cour de justice européenne a statué que le centre des intérêts principaux d'Eurofood était en Irlande parce que la présomption concernant le siège statutaire n'avait pas été réfutée. Selon la Cour, "pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire ... ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter"[5].

7. En examinant la présomption, la Cour a laissé entendre qu'elle pouvait être écartée dans le cas d'une société "boîte aux lettres" qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, "le simple fait" qu'une société mère fasse des choix économiques (par exemple pour des raisons fiscales) concernant l'emplacement du siège statutaire d'une filiale ne suffirait pas pour écarter la présomption[6].

8. Eurofood accorde une très grande importance à la nécessité de prévisibilité dans la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur.

9. Un certain nombre d'autres décisions rendues au titre du Règlement CE sont présentées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 13 à 34.

ii) Décisions rendues au titre de la Loi type

10. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal des États-Unis a examiné plus avant la question de la détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur. La demande de reconnaissance concernait une société de droit caïmanais qui avait été placée en liquidation provisoire dans ce pays.

11. Notant qu'au chapitre 15, le mot "preuve" avait été remplacé à l'article 16 par les mots "documents soumis à l'appui", le juge a évoqué l'histoire législative, qui expliquait que le changement visait à bien faire comprendre, en utilisant la terminologie des États-Unis, que la charge de la preuve incombait en dernière analyse au représentant étranger.

---

par. 18 et 30.

[5] *Eurofood*, par. 34.

[6] Ibid.

12. Le juge a en outre déclaré que:

> "La présomption que le siège statutaire est également le centre des intérêts principaux du débiteur est incluse pour permettre une présentation rapide et pratique des preuves en l'absence de sérieuse controverse."[7]

Cette approche a permis et encouragé une procédure rapide dans des affaires où la rapidité était essentielle, tout en laissant ouverte la question du "véritable" centre des intérêts principaux du débiteur dans celles où les faits étaient plus sujets à caution. Le juge a ajouté que "la présomption n'est pas la solution préconisée lorsqu'existe une distinction entre le pays où une société est constituée et son véritable siège"[8].

13. La cour d'appel a confirmé la décision de première instance, à savoir que la charge d'écarter la présomption incombe au représentant étranger et que le tribunal a le devoir, en toute indépendance, de déterminer si cette décision a été exécutée, qu'une partie s'y oppose ou non[9].

14. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais a noté que la jurisprudence américaine ne prenait pas en considération le fait que le centre des intérêts principaux de la société devait être vérifiable par les créanciers, à la différence du Règlement CE, qui prévoyait que le centre des intérêts principaux était le lieu où le débiteur gérait habituellement ses intérêts et qui était "donc vérifiable par les tiers". Il a conclu que, puisque le siège statutaire de la Stanford International Bank se situait à Antigua, c'était au séquestre américain qu'il appartenait de renverser la présomption et que celle-ci ne pourrait l'être que par des facteurs objectifs. Ces facteurs objectifs ne compteraient que s'ils étaient eux aussi vérifiables par des tiers, s'ils étaient dans le domaine public et s'ils correspondaient à ce que les tiers pourraient apprendre dans le cours de relations d'affaires normales avec la société[10]. Il s'ensuit, dit le tribunal, que la charge de la preuve du lieu du centre des intérêts principaux n'incombe jamais à la partie qui conteste l'ouverture d'une "procédure principale" et qu'il appartient uniquement à cette dernière d'apporter la preuve que le siège statutaire est différent du centre des intérêts principaux.

15. En appel, la cour a confirmé la décision de première instance. Ayant pris en compte à la fois les affaires relatives aux centres des intérêts principaux en Europe et aux États-Unis, le président du tribunal a exprimé l'avis qu'une même expression employée dans différents documents pouvait avoir des sens différents selon les contextes dans lesquels elle l'était. Toutefois, il ne voyait, dans les contextes respectifs (Union européenne et États-Unis), rien qui justifiait que l'on donne différents sens: dans les deux cas, l'expression a été employée pour identifier la procédure qui aurait priorité sur la procédure similaire dans d'autres pays. Dans les deux cas, a indiqué le juge, le problème était que les personnes qui avaient affaire au débiteur devaient être en mesure de savoir, avant l'insolvabilité, quel système juridique s'appliquerait à l'insolvabilité de leur cocontractant.

---

[7] HR Rep n° 31, 109e Congrès, première session 1516, 2005.

[8] *Bear Stearns*, p. 128.

[9] *Bear Stearns* (en appel).

[10] *Stanford International Bank*, par. 62.

"Ce serait absurde si le centre des intérêts principaux d'une société qui a son siège statutaire, disons en Espagne, et qui est en liquidation en Espagne et aux États-Unis, devrait être différent selon que le tribunal anglais applique la Loi type de la CNUDCI pour une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère principale formulée par les liquidateurs américains ou le Règlement CE pour décider s'il y a lieu de faire droit à une pétition appelant à la liquidation de la société espagnole [en Angleterre]."[11]

16. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, les autres juges d'appel ont adopté des méthodes légèrement différentes concernant la pertinence de la vérification par des tiers. Les observations faites pourraient donner à penser qu'il est demandé au tribunal de juger objectivement, sur la base des éléments de preuve qui lui sont présentés, de l'emplacement du centre des intérêts principaux du débiteur, au lieu de fonder ce jugement sur des éléments de preuve qui peuvent être effectivement vérifiés par les créanciers et d'autres parties intéressées ayant eu affaire avec le débiteur au cours de son parcours dans les milieux d'affaires.

17. Dans l'affaire *Fairfield Sentry*, la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure dont était saisi le tribunal des îles Vierges britanniques a été demandée. Les débiteurs étaient immatriculés et avaient leur siège statutaire dans les îles Vierges britanniques, mais ils avaient cessé d'exercer leurs activités quelques mois avant l'ouverture de la procédure, celles qu'ils exerçaient encore ne l'étant que dans le cadre de la liquidation de leur société. Le tribunal a conclu que, même si les débiteurs exerçaient leurs activités au niveau international, leur "centre névralgique" administratif avait très vraisemblablement été pendant un certain temps aux îles Vierges britanniques. Il a cité la récente décision dans l'affaire *Hertz Corp.* c. *Friend*, dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a statué que "l'expression'lieu principal d'activité', conformément à la législation américaine, s'entendait du lieu où les hauts responsables d'une société dirigent, contrôlent et coordonnent l'activité de celle-ci, autrement dit son 'centre névralgique', qui se trouve généralement à son siège. [...] en pratique, il devrait normalement s'agir du lieu où la société a son siège – étant entendu que le siège est le centre effectif de direction, de contrôle et de coordination, c'est-à-dire le 'centre névralgique', et pas simplement un bureau où la société tient les réunions de son conseil (auxquelles participent, par exemple, des directeurs et des cadres qui s'y sont déplacés pour l'occasion). S'il ressort des actes de la société une tentative de manipulation – par exemple, que le prétendu 'centre névralgique' n'est rien d'autre qu'une boîte aux lettres, un bureau vide équipé d'un ordinateur ou le lieu où se tient une rencontre annuelle des dirigeants – les tribunaux devraient plutôt considérer comme 'centre névralgique' le centre effectif de direction, de contrôle et de coordination, en l'absence d'une telle manipulation."[12]

18. Le tribunal qui était saisi de l'affaire *Fairfield Sentry* a également noté, dans l'affaire *British American Insurance*, la décision selon laquelle, lorsque, par nécessité ou en toute bonne foi, un représentant étranger a relocalisé toutes les activités principales du débiteur en son lieu de résidence (ou les a interrompues), amenant ainsi les parties à considérer ce lieu comme celui où le débiteur exerce ses activités, le centre des intérêts principaux du débiteur peut devenir celui du lieu de

---

[11] *Stanford International Bank* (en appel), par. 54.

[12] *Hertz Corp.*, p. 1192 à 1195.

résidence du représentant étranger. Ce fait, tout comme le lieu du siège statutaire, ont permis de conclure que les îles Vierges britanniques devaient être considérées comme étant le centre des intérêts principaux du débiteur[13].

b) Facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux

i) Identification des facteurs – sociétés débitrices

19. Divers facteurs ont été identifiés comme étant pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur et pour renverser la présomption énoncée à l'article 16. Dans l'affaire *Betcorp*, bien que le centre des intérêts principaux du débiteur n'ait pas été contesté, le juge a émis des avis sur le sujet. Il a conclu que "... un point commun des décisions dans lesquelles avait été analysée la question du [centre des intérêts principaux] des débiteurs est que les tribunaux n'appliquent pas de formule rigide, ni n'estiment de façon constante qu'un facteur particulier est déterminant, mais qu'ils analysent divers facteurs pour reconnaitre avec objectivité le lieu où le débiteur a son lieu d'activité principal"[14].

20. De nombreux facteurs ont été analysés par les tribunaux pour déterminer le centre des intérêts principaux de sociétés débitrices. Ces facteurs ne sont pas décrits exactement de la même manière dans chacun des cas, mais ils peuvent être regroupés selon les descriptions générales ci-après, qui ne constituent pas une liste exhaustive:

a) Le lieu du siège de la société débitrice[15] ou de son agence centrale[16] ou de son "centre névralgique"[17];

b) Le lieu où se trouve la direction de la société débitrice ou le lieu où se trouvent ceux qui la gèrent effectivement[18] ou le lieu où se trouve sa direction opérationnelle[19];

c) Le lieu où se trouvent les principaux actifs et/ou les créanciers[20] de la société débitrice ou le lieu où se trouve la majorité des créanciers qui seront concernés par l'affaire[21];

d) Le site du droit applicable[22] ou du droit régissant les principaux marchés de la société[23];

e) L'État dont la législation s'appliquera aux litiges[24];

---

13 *Fairfield Sentry*, p. 5 à 8; *British American Insurance*, p. 914.
14 *Betcorp*, p. 290.
15 *Tradex Swiss*; *Stanford International Bank*; *MPOTEC*.
16 E*NERGOTECH*, *MPOTEC*, *Hellas*.
17 *Hertz Corp.* c. *Friend*; affaire concernant la faillite de Stanford International Bank, 11 septembre 2009, Cour supérieure, District de Montréal, Québec, décision concernant la demande du séquestre de la SEC, par. 35; *Fairfield Sentry*.
18 *Tradex Swiss*; *Stanford International Bank*.
19 *Eurotunnel*, *British American Insurance*.
20 *Tradex Swiss*; *Ernst & Young*, *Eurotunnel*, *British American Insurance*.
21 *Stanford International Bank*.
22 *Tradex Swiss*.
23 *MPOTEC*.
24 *Stanford International Bank*, *Ernst & Young*, *British American Insurance*.

f) Le lieu à partir duquel le financement est organisé[25] ou autorisé[26] ou le lieu où se trouve la principale banque de la société débitrice[27];

g) Le lieu à partir duquel l'administration de la société débitrice est organisée[28];

h) Le lieu à partir duquel les marchés (pour l'offre) sont organisés[29];

i) Le lieu à partir duquel sont gérés la politique d'achat, le personnel, la comptabilité et le système informatique[30] ou à partir duquel est administré le système de gestion de la trésorerie[31];

j) Le lieu où est définie la politique commerciale[32];

k) Le lieu où se trouvent les employés[33];

l) Le lieu à partir duquel est piloté le redressement de la société débitrice[34];

m) Le lieu que les créanciers reconnaissent comme étant le centre des opérations de la société[35];

n) Le lieu où la société débitrice est soumise à une supervision ou à une réglementation[36]; et

o) Le lieu où et dont la loi régit l'établissement et la vérification des comptes[37].

ii) Identification des facteurs – débiteurs autonomes

21. La détermination du centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome n'a pas été évoquée dans de nombreux cas. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel a noté que les facteurs pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome pourraient être quelque peu différents de ceux pertinents pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une société débitrice. Elle a fait référence à l'affaire *Loy*[38], dans laquelle le tribunal a noté que les facteurs ci-après pourraient être utilisés pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome en cas de litige grave: a) le lieu où se trouvent les principaux actifs du débiteur; b) le lieu où se trouve la majorité des créanciers du débiteur; et c) l'État dont la législation s'appliquera à la plupart des litiges. En d'autres termes, dit le tribunal saisi de l'affaire *Ran*, pour déterminer le centre des intérêts principaux d'un débiteur autonome, le tribunal saisi de l'affaire *Loy* a analysé des facteurs qui

---

25 *Daisy Tek*.
26 *MPOTEC*.
27 *MPOTEC*, *Hellas*.
28 *Eurofood*; *Daisy Tek*.
29 *Daisy Tek*.
30 *MPOTEC*.
31 *Ernst & Young*.
32 *MPOTEC*.
33 *Eurotunnel*.
34 *Eurotunnel*; *Ernst & Young*, *Hellas*.
35 *Ernst & Young*.
36 *Eurofood*.
37 Ibid.
38 380 B.R. 154, at 162 (Bankr. E.D. Va. 2007), [n° CLOUT 924].

sont normalement appliqués pour déterminer le centre des intérêts principaux d'une société débitrice. La cour d'appel a conclu que les éléments de preuve du séquestre, tout en étant suffisants pour écarter la présomption que le centre des intérêts principaux de Ran était aux États-Unis, étaient insuffisants pour prouver par prépondérance de la preuve que le centre des intérêts principaux de Ran était en Israël. La cour d'appel s'est également déclarée en désaccord avec l'approche de l'histoire opérationnelle, notant que le langage des dispositions pertinentes était clairement exprimé au temps présent et ne demandait pas que l'on revienne sur des événements passés[39]. La cour d'appel a également conclu qu'il était important que le centre des intérêts principaux du débiteur soit vérifiable par les tiers.

c) Impact de la fraude

i) Affaires impliquant une fraude

22. Une question qui s'est posée en relation avec l'affaire *Ernst & Young* était la mesure dans laquelle une fraude pouvait avoir des incidences sur la détermination du centre des intérêts principaux, lorsque le lieu d'immatriculation était simplement un prétexte et qu'aucune activité commerciale n'y était menée. L'affaire impliquait deux sociétés liées, dont l'une était immatriculée au Colorado (États-Unis) et l'autre au Canada, qui procédaient d'une organisation frauduleuse gérée depuis le Canada. Le tribunal canadien a nommé un administrateur judiciaire pour les deux sociétés.

23. Le tribunal américain a reconnu la mise sous administration judiciaire canadienne en tant que procédure étrangère principale au motif que, si l'on tenait compte du lieu où se trouvaient les personnes qui géraient les affaires des débiteurs, le centre des intérêts principaux des deux sociétés était au Canada. Il a examiné le lieu de situation des débiteurs mais a estimé qu'il n'était pas essentiel, parce que ni l'une ni l'autre entité n'y exerçait d'activité commerciale réelle. Il a aussi examiné un troisième facteur, à savoir le lieu de situation des biens des débiteurs. Bien que l'une des entités débitrices eût des fonds sur un compte bancaire au Colorado, ceux-ci étaient régulièrement transférés au débiteur au Canada et le tribunal a conclu que la majorité des biens était par conséquent au nom de l'entité au Canada ou contrôlée par elle. Pour ce qui est de deux autres facteurs, à savoir le lieu où se trouvaient la majorité des créanciers des débiteurs et le pays dont la loi s'appliquerait à la plupart des litiges, le tribunal a jugé qu'ils n'étaient pas essentiels pour déterminer le centre des intérêts principaux. Les investisseurs escroqués par les débiteurs principaux et leurs entités étaient ressortissants de plusieurs pays, y compris le Canada, les États-Unis et Israël et, pour ce qui était de la loi applicable, le Canada et les États-Unis étaient également compétents[40].

24. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, on a fait valoir que, lorsqu'il était présumé que la société concernée était utilisée comme moyen de fraude, le tribunal ne devrait pas examiner le centre des intérêts principaux de la société elle-même, mais celui des auteurs de la fraude. L'instance inférieure a estimé que, de par sa nature, la fraude pouvait difficilement être détectée par des tiers, puisqu'elle était censée rester secrète aussi longtemps que possible. Elle a aussi indiqué qu'il serait

---

[39] Affaire *Yuval Ran*, 2010, p. 10 à 12.

[40] *Ernst & Young*, p. 778 à 781.

difficile d'examiner le lieu de situation des fraudeurs s'ils n'avaient pas tous le centre de leurs intérêts principaux dans le même État[41].

25. Dans le volet canadien de l'affaire *Stanford International Bank* (qui n'a pas été tranchée en vertu de la législation incorporant la Loi type), le tribunal a estimé que, pour des fraudes de type Ponzi, l'élément effectif et important était le lieu d'établissement du centre névralgique ou, en d'autres termes, le centre de la toile d'araignée que constitue la fraude, qui était supposé être davantage le siège du Groupe Stanford à Houston au Texas qu'à Antigua[42].

d) Date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux

26. Dans un certain nombre d'affaires jugées en vertu de la Loi type et du Règlement CE, un débiteur s'était déplacé d'un pays à un autre juste avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La Loi type n'envisage pas cette éventualité, ni ne mentionne la date à retenir pour déterminer le centre des intérêts principaux. Il a été suggéré, par exemple, que l'on tienne compte de l'histoire opérationnelle du débiteur, plutôt que de déterminer simplement le lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux à la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou à la date de la demande de reconnaissance de cette procédure.

i) Affaires jugées en vertu de la Loi type

27. Dans l'affaire *Gookseung I*, le tribunal coréen a refusé de reconnaître la procédure qui avait eu lieu aux États-Unis l'année précédente, notant que, lorsque la demande de reconnaissance avait été déposée, la procédure était déjà terminée et que le demandeur, naguère débiteur non dessaisi, ne pouvait plus se voir reconnaître la qualité de représentant étranger.

28. Dans l'affaire *Yuval Ran*, l'instance inférieure des États-Unis a jugé que, pour que la procédure israélienne puisse être reconnue en tant que procédure étrangère principale, il faudrait prouver que, au moment où cette reconnaissance avait été demandée, le centre des intérêts principaux du débiteur était en Israël. Ce faisant, elle a rejeté l'approche opérationnelle consistant à examiner l'histoire du lien du débiteur avec Israël. Si ce dernier avait eu des intérêts importants en Israël à une certaine époque, au moment où la procédure au titre du chapitre 15 avait été demandée, il n'en avait plus. Cette décision a été confirmée en appel.

29. Dans l'affaire *Schefenacker*, un groupe fabricant de pièces automobiles composé d'une société holding allemande et de filiales dans divers pays, notamment l'Angleterre, les États-Unis, l'Australie et l'Allemagne, avait des difficultés financières et a transféré le centre de ses intérêts principaux en Angleterre, dans une première étape de son processus de restructuration et pour mettre à profit le droit anglais de l'insolvabilité et de conclure un arrangement volontaire. Le lieu d'incorporation et le centre des intérêts principaux de la société holding ont pu être transférés en Angleterre en utilisant la loi allemande. La procédure principale aux fins du Règlement a ensuite été ouverte en Angleterre puis reconnue dans toute

---

41 *Stanford International Bank*, par. 69.

42 Faillite de la Stanford International Bank, 11 septembre 2009, Cour supérieure du district de Montréal, Québec, décision relative à la demande de la SEC, par. 32 à 36.

l'Europe. Les parties qui ont fait objection à la demande de reconnaissance aux États-Unis se sont fondées sur l'histoire opérationnelle des filiales et n'ont pas tenu compte du fait que le débiteur était une société holding bien organisée, immatriculée en Angleterre et au pays de Galles, avec son centre opérationnel au Royaume-Uni. Le tribunal des États-Unis a jugé que le centre des intérêts principaux du débiteur était au Royaume-Uni et a reconnu la procédure en tant que procédure étrangère. Il n'a pas tranché la question de savoir si elle constituait une procédure principale ou une procédure non principale, au motif que les mesures demandées pouvaient être accordées dans un cas comme dans l'autre.

30. Dans l'affaire *Betcorp*, le tribunal des États-Unis a été d'avis qu'il était juste de rejeter l'approche opérationnelle. Il a estimé que, si le centre des intérêts principaux était déterminé sur cette base, on risquait davantage d'aller au-devant de déterminations contradictoires, car les tribunaux auraient peut-être tendance à accorder une plus grande importance aux activités menées dans leur propre pays ou simplement à évaluer les preuves différemment. Il a aussi noté qu'il importait que le centre des intérêts principaux soit vérifiable par des tiers, indiquant que, si les intérêts principaux d'un débiteur étaient dans un pays donné et que les tiers tenaient compte cette situation, le fait que ces intérêts aient été précédemment concentrés dans un autre pays serait sans importance[43]. Le tribunal a souscrit à la décision prise par l'instance inférieure dans l'affaire *Yuval Ran*, selon laquelle la date à prendre en compte était celle de l'ouverture de la procédure au titre du chapitre 15. Il a fait remarquer que cette approche concordait avec l'interprétation du Règlement CE dans certaines affaires anglaises, pour lesquelles on avait apparemment retenu une date liée à l'ouverture ou au traitement de la procédure d'insolvabilité concernée[44].

31. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal des États-Unis a invoqué la jurisprudence concernant le chapitre 15 pour déterminer le centre des intérêts principaux. Il a décidé qu'il devait examiner de nombreux facteurs, dont aucun n'était exclusif et dont tous ne devaient pas être présents. Il s'est d'abord penché sur le moment de la détermination et a conclu qu'il devrait examiner les faits existant à la date de dépôt de la demande au titre du chapitre 15[45]. Il a estimé que cette approche devrait aussi être suivie pour déterminer si le débiteur avait un établissement en ce lieu précis[46].

32. Dans l'affaire *Fairfield Sentry*, le tribunal des États-Unis a été d'avis que, même les tribunaux qui avaient récemment relégué la détermination du centre des intérêts principaux au moment de la demande de reconnaissance, notamment dans les affaires *Yuval Ran*, *Betcorp* et *British American Insurance*, privilégieraient probablement une approche prenant en compte la totalité des circonstances, le cas échéant. La jurisprudence qui se dégageait de ces affaires, dit le juge, n'empêchait pas d'examiner la question de la détermination du centre des intérêts principaux dans une perspective temporelle plus large, notamment lorsqu'il était possible que ce centre ait été transféré pour des raisons opportunistes (par exemple délit d'initié, manipulation fâcheuse, rejet manifeste des attentes des tiers). Le tribunal a estimé qu'il n'y avait pas eu de transfert opportuniste du centre des intérêts principaux, ni

---

[43] *Betcorp*, p. 291.
[44] Ibid., p. 292.
[45] *British American Insurance*, p. 906.
[46] Ibid., p. 915.

d'activité ou de motivation tendancieuse visant à dénaturer les facteurs de manière à pouvoir établir ce centre aux îles Vierges britanniques. Pendant la période comprise entre la cessation des activités et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité aux îles Vierges, le centre névralgique administratif était déjà aux îles Vierges et c'est là qu'était le centre des intérêts principaux[47].

ii) Affaires jugées en vertu du Règlement CE

33. La question du transfert du centre des intérêts principaux s'est posée dans plusieurs affaires jugées en vertu du Règlement CE. Dans l'affaire *Shierson* c. *Vlieland-Boddy*, il a été décidé que le lieu où se trouvait le centre des intérêts principaux du débiteur devait être déterminé au moment où le tribunal était prié d'ouvrir la procédure d'insolvabilité à son encontre. Il pouvait s'agir de la date d'audience concernant la procédure, voire d'une date antérieure telle que la date à laquelle un créancier avait demandé des mesures provisoires ou conservatoires à l'encontre du débiteur.

34. Dans l'affaire *Staubitz-Schreiber*, affaire d'insolvabilité personnelle, la débitrice avait tenté de déplacer le centre de ses intérêts principaux d'Allemagne en Espagne après qu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité eut été faite en Allemagne, mais avant que le tribunal ait décidé d'ouvrir ou non la procédure en question. La Cour de justice européenne a statué que le centre des intérêts principaux était resté en Allemagne, parce qu'il y était au moment où la demande d'ouverture avait été faite, indépendamment de toute tentative ultérieure de le déplacer dans un autre État membre avant l'ouverture de la procédure.

35. Le déplacement du lieu d'incorporation peut ne pas suffire pour transférer le centre des intérêts principaux d'une société, sauf si des preuves suffisantes peuvent être avancées pour réfuter la présomption énoncée à l'article 16. Dans l'affaire *Hans Brochier*, une entreprise de construction allemande avait essayé de déplacer son siège statutaire en Angleterre pour tirer parti du droit anglais de l'insolvabilité, mais un tribunal anglais a jugé que le centre de ses intérêts principaux était resté en Allemagne.

36. Dans l'affaire *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*, la société a réussi à faire valoir qu'elle avait déplacé le centre de ses intérêts principaux du Luxembourg en Angleterre, où elle voulait se restructurer. Le tribunal anglais a jugé qu'il devait déterminer le centre des intérêts principaux à la date d'audience, soit trois mois environ après que ce centre eut été déplacé. Il a aussi indiqué qu'il était convaincu que le centre des intérêts principaux avait été déplacé en Angleterre, sur la base des faits objectifs et vérifiables que la société avait invoqués, à savoir que son siège social et son adresse opérationnelle principale se trouvaient désormais à Londres; que ses créanciers avaient été informés du changement d'adresse à cette époque et qu'elle avait annoncé par un communiqué de presse qu'elle déplaçait ses activités en Angleterre; qu'elle avait ouvert un compte bancaire à Londres et que tous les paiements étaient effectués sur et à partir de ce compte, même si elle conservait un compte au Luxembourg pour effectuer divers petits paiements; qu'elle était inscrite au registre du commerce anglais en vertu de la loi sur les sociétés,

---

[47] *Fairfield Sentry*, p. 8.

même si son siège statutaire restait au Luxembourg et qu'elle y serait imposable; et que les négociations entre la société et ses créanciers avaient eu lieu à Londres[48].

e) Questions à examiner en relation avec le centre des intérêts principaux

37. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable, à la lumière des affaires analysées ci-dessus, d'approfondir les questions suivantes:

a) Question de savoir si la charge de la preuve consiste à réfuter la présomption du siège statutaire;

b) Preuves nécessaires pour renverser la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur est son siège statutaire;

c) Importance de la possibilité de vérification par des tiers pour la détermination du centre des intérêts principaux en vertu de la Loi type;

d) Question de savoir s'il conviendrait d'établir une liste de facteurs indicatifs pour aider à déterminer le centre des intérêts principaux et, dans l'affirmative, les facteurs à inclure dans cette liste;

e) Question de savoir si la fraude a des incidences sur les facteurs à examiner pour déterminer le centre des intérêts principaux; et

f) Question de savoir si la durée pendant laquelle une société maintient le centre de ses intérêts principaux dans un pays donné devrait être un facteur de détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. En particulier, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le centre des intérêts principaux du débiteur devrait être déterminé à la date à laquelle la société avait effectivement des activités et des opérations commerciales ou d'affaires avant l'insolvabilité ou après, lorsque la société est insolvable et placée sous la direction d'un liquidateur judiciaire, ou à la date de la demande de reconnaissance.

4. Établissement

a) Établissement d'une société débitrice

38. La notion d'établissement est définie à l'alinéa f) de l'article 2 de la Loi type. Le Guide pour l'incorporation ne donne aucune indication supplémentaire, à part la note, au paragraphe 75, indiquant que cette définition est inspirée de l'alinéa h) de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité. Le rapport Virgos & Schmit[49] relatif à cette convention donne quelques précisions à ce sujet:

> "On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle. Le fait que cette

---

[48] Hellas, par. 4.

[49] M. Virgos et E. Schmit, rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité, établi avant l'ouverture aux signatures de la Convention le 23 novembre 2005. Bien que cette convention ne soit jamais entrée en vigueur, le rapport est souvent utilisé pour interpréter les différents termes qui y sont employés, notamment le "centre des intérêts principaux". Il peut être consulté en ligne à l'adresse http://global.abi.org/articles/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-re.

activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un 'établissement'. Une certaine stabilité est requise. La formule négative ('non transitoire') vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur[50]." (traduction)

39. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal a examiné la possibilité de reconnaître la procédure des îles Caïmanes comme une procédure non principale. Il a jugé que, pour ce faire, il devait y avoir un "établissement" aux îles Caïmanes pour l'exercice d'une activité économique non transitoire, c'est-à-dire un établissement local. La barre était placée haut en l'espèce, a dit le tribunal, compte tenu surtout de l'interdiction faite aux "sociétés exonérées" de faire des affaires aux îles Caïmanes, sauf s'il s'agissait d'avancer des affaires menées à l'extérieur des îles. Il a jugé qu'il n'y avait pas d'activité économique non transitoire (pertinente) exercée sur place aux îles Caïmanes, mais uniquement des activités effectuées en relation avec les affaires du débiteur à l'étranger. De plus, les seuls fonds qui y étaient déposés y avaient été transférés après l'ouverture de la procédure aux îles Caïmanes.

40. En appel, la cour a confirmé la décision de l'instance inférieure et précisé en outre que les activités d'audit effectuées pour préparer l'incorporation ne constituaient pas des "opérations" ni une "activité économique" aux fins de la définition de l'établissement, pas plus que les investigations menées par les liquidateurs provisoires pour déterminer si des opérations antérieures pouvaient être annulées[51].

41. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a cité l'affaire *Bear Stearns* pour ce qui est de l'exigence d'un siège de l'activité commerciale locale, et conclu que les termes "activité économique" et "opérations" exigeaient que l'on prouve un impact sur le marché local, au-delà de l'incorporation et de la tenue de comptes, voire de la simple possession d'un bien. Il a jugé que le débiteur n'avait pas d'établissement aux Bahamas, où il n'exerçait pas d'autre activité commerciale que les activités du représentant de l'insolvabilité qui, dans le cadre de ses fonctions, devait sélectionner des avocats et des comptables, mener des recherches sur l'actif et le passif et faire rapport aux tribunaux des Bahamas. Le tribunal a aussi fait référence à l'affaire *Lavie* c. *Ran*, dans laquelle le tribunal avait jugé que la procédure d'insolvabilité ne satisfaisait pas à l'exigence d'une activité économique[52].

b) Établissement d'un débiteur autonome

42. Dans l'affaire *Yuval Ran*, la cour d'appel a examiné la question de l'établissement du point de vue d'un débiteur autonome. Elle a jugé que le moment où il fallait examiner si le débiteur avait un établissement en Israël était celui où la demande de reconnaissance avait été faite. Notant que la notion d'"établissement" était définie dans la Loi type, elle a estimé que, de même que l'établissement principal d'une société pouvait correspondre à la résidence principale ou habituelle d'un débiteur autonome, il était concevable de comparer un établissement avec une

---

[50] Ibid., par. 7.1.
[51] *Bear Stearns* (en appel), p. 339.
[52] *British American Insurance*, p. 914 et 915.

résidence secondaire du débiteur, voire avec un lieu d'emploi dans le pays où l'administrateur judiciaire prétendait qu'il avait un établissement[53]. La cour a jugé que tel n'était pas le cas et que le débiteur n'exerçait aucune activité économique non transitoire dans ce pays, même s'il y avait des preuves d'une activité économique antérieure. L'administrateur judiciaire a fait valoir que l'existence de dettes et d'une procédure d'insolvabilité en Israël constituait un "établissement" aux fins de la reconnaissance. La cour a été d'avis qu'une procédure d'insolvabilité était, par définition, une action transitoire et qu'il était malvenu qu'une telle action puisse être invoquée comme fondement d'une activité économique non transitoire, parce qu'elle était contraire à l'esprit de la disposition. Elle a conclu que l'existence d'une procédure d'insolvabilité et de dettes en Israël ne permettait pas de reconnaître la procédure israélienne en tant que procédure non principale[54].

c) Questions à examiner

43. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait souhaitable d'expliquer davantage ou de préciser ce que recouvre le terme "établissement".

---

[53] Affaire *Yuval Ran* (2010), p. 16.

[54] Ibid., p. 17 et 18.

Annexe

Liste des affaires citées

Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd
374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., sept. 2007); [n° CLOUT 760]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48

Bear Stearns (en appel)
389 B.R. 325 (S.D.N.Y., mai 2008); [n° CLOUT 794]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 45 à 48

Affaire *Betcorp Ltd*
400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009); [n° CLOUT 927]

Affaire *Board of Directors of Multicanal S.A.*
314 B.R. 486 (Bankr. S.D.N.Y., août 2004)

Affaire *British American Insurance Company Limited*
425 B.R. 884 (Bankr. S.D. Flor, mars 2010); [n° CLOUT 1008]

Affaire *Daisy Tek-ISA Ltd*
[2003] B.C.C. 562 (Ch D) (Leeds District Registry); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 13 à 15

Affaire *ENERGOTECH SARL*
[2007] B.C.C. 123 (Ch); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 26 et 27

Affaire *Ephedra Products Liability Litigation*
349 B.R. 333 (Bankr. S.D.N.Y. 2006); [n° CLOUT 765]

Affaire *Ernst & Young, Inc (Klytie's)*
383 B.R. 773 (Bankr. D. Colo 2008); [n° CLOUT 790]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 51 à 54

Affaire *Eurofood IFSC Ltd*
[2006] ECR 1-3813; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 17 à 23

Eurotunnel Finance, Ltd
Tribunal de commerce de Paris, 2 août 2006; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 28 et 29

Affaire *Fairfield Sentry Limited, et al*
Affaire n° 10-13164, United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, 22 juillet 2010

Affaire *Gold & Honey, Ltd*
410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [n° CLOUT 1005]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 64 et 65

Gookseung I
Seoul Central District Court, Corée, 22 janvier 2007; [n° CLOUT 1000]

Hans Brochier Holdings Ltd v Exner
[2007] BCC 127

Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA
[2009] EWHC 3199 (Ch)

Hertz Corp. c. *Friend et al,*
United States Supreme Court, 130 S.Ct. 1181 (2010)

Affaire *Innua Canada Ltd*
2009 WL 1025090

Affaire *Metcalfe and Mansfield Alternative Investments, et al*
421 B.R. 683 (Bankr. S.D.N.Y. janvier 2010); [n° CLOUT 1006]

MPOTEC GmbH
[2006] B.C.C. 681 (Tribunal de grande instance, Nanterre); A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 24 et 25

Affaire *Yuval Ran, Lavie* c. *Ran*
United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 27 mai 2010
Lavie c. *Ran*
406 B.R. 277 (mars 2009); [n° CLOUT 929] et
Affaire *Yuval Ran*
390 B.R. 257 (Bankr. S.D. Texas, juin 2008)

Rubin c. Eurofinance SA
[2009] EWHC 2129
En appel, [2010] EWCA Civ 895

Affaire *Schefenacker PLC*
United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, 14 juin 2007 (non publié); [n° CLOUT 767]

Shierson c. *Vlieland-Boddy*
[2005] EWCA Civ 974

Affaire *Stanford International Bank Ltd*
[2009] EWHC 1441 (Ch) [n° CLOUT 923]
En appel, [2010] EWCA Civ 137 [n° CLOUT 1004]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 55 à 60

Affaire *Staubitz-Schreiber*
Case C-1/04, [2006] BPIR 510

Affaire *Tradex Swiss AG*
384 B.R. 34 (Bankr. D. Mass 2008); [n° CLOUT 791]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, par. 36 et 37

C. Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.96)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Portée des travaux possibles	8-17
	A. Contexte	8-15
	B. Questions à examiner	16-17
II.	Avant l'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité	18-33
	A. Obligations en ce qui concerne la gestion et la supervision d'une société	18-23
	B. Nature des obligations	24-32
	C. Personnes auxquelles il doit être rendu compte	33
III.	L'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité	34-73
	A. Obligations auxquelles donne naissance l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	35-36
	B. Obligations des administrateurs lorsque la société est insolvable ou sur le point de l'être	37-73
IV.	Portée et contenu des lignes directrices possibles	74

Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions pour des travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107), et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709), soumis après la session en question du Groupe de travail V, contenait des informations complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. À l'issue d'un débat, la Commission a fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V au paragraphe 104 du document A/CN.9/691, selon

laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et prévisibilité.

3. La présente note porte sur le deuxième sujet, proposé par le Royaume-Uni (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), qui concerne les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité[1]. Compte tenu des préoccupations exprimées au cours d'une discussion approfondie, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient porter uniquement sur les obligations et les responsabilités découlant de l'insolvabilité et n'engloberaient pas des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. Les avantages d'une loi efficace en matière d'insolvabilité sont largement reconnus et acceptés par la plupart des pays, comme en témoigne le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif) et les efforts déployés par beaucoup de ces pays au cours de ces dernières années pour actualiser leur législation en matière d'insolvabilité en vue de tenir compte de la finance et du commerce modernes. Outre qu'elles constituent le principal moyen de préserver la discipline financière des entreprises en difficulté en offrant tant un cadre juridique prévisible indispensable qu'un cadre nécessaire à un redressement efficace ou à une liquidation ordonnée de ces entreprises, des lois efficaces en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et la conduite des dirigeants et des administrateurs de la société, permettant ainsi peut-être de faire apparaître un comportement coupable de la part des responsables de la défaillance de la société et une disposition inéquitable d'avoirs ou de biens potentiellement récupérables. Des principes directeurs inefficaces, obsolètes et incohérents concernant les obligations des administrateurs et des dirigeants quand une société approche de l'insolvabilité risquent de réduire à néant les avantages que le Guide législatif est censé procurer.

5. On ne saurait surestimer l'importance de l'ouverture de la procédure à un stade précoce. En général, les ressources financières diminuent plus rapidement que de nombreuses parties pourraient le penser et, quand la situation financière d'une entreprise s'aggrave, la possibilité d'une restructuration viable s'amenuise rapidement. Si de nombreux pays ont, comme il se doit, fait une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités de restructuration et de sauvetage des entreprises, l'on ne s'est guère attaché à inciter comme il convient les administrateurs et les dirigeants à mettre à profit les procédures ainsi offertes. Trop souvent, c'est aux créanciers qu'est laissé le soin d'ouvrir la procédure, les administrateurs n'étant pas intervenus en temps voulu. Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité soient censées imposer aux administrateurs l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans un certain délai suivant le début de l'insolvabilité, les obligations de cette nature sont rarement appliquées, souvent

---

[1] Le premier sujet, concernant le centre des intérêts principaux et certaines questions connexes, fait l'objet des documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1.

parce qu'il est nécessaire de prouver le caractère frauduleux des actes des administrateurs.

6. Certains pays ont par conséquent remplacé l'ancienne notion d'"opération commerciale frauduleuse" par une notion plus moderne, celle de "faute de gestion", selon laquelle la responsabilité des administrateurs peut être engagée s'ils permettent à la société de continuer d'opérer après qu'ils ont su ou auraient dû savoir qu'elle ne serait pas en mesure d'éviter la liquidation pour insolvabilité.

7. En outre, pour encourager l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à un stade précoce, des dispositions efficaces concernant le rôle et les obligations des administrateurs et des dirigeants devraient permettre de promouvoir une bonne gestion des entreprises. Une plus juste évaluation des obligations des administrateurs et des dirigeants pourrait également permettre de mieux prévoir la situation juridique de ces derniers et, partant, de limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité soient appelés à les poursuivre. Plus clairement définies seront leurs responsabilités et plus prévisible sera la situation juridique des intéressés. En outre, des administrateurs plus expérimentés, qui ne tiendraient peut-être pas à participer à la gestion d'une entreprise en raison des risques associés à ce type de fonction en cas d'échec, seront davantage disposés à le faire.

I. Portée des travaux possibles

A. Contexte

8. Les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises sont définies, selon les pays, par différentes branches du droit, dont le droit des sociétés, le droit civil et le droit de l'insolvabilité, voire, dans certains pays, par plusieurs d'entre elles. Dans quelques-uns, par exemple, les obligations qui incombent aux administrateurs dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité sont considérées comme relevant exclusivement du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés tandis que, dans d'autres, ces deux branches du droit peuvent comporter des dispositions pertinentes à cet égard. On trouve aussi habituellement des dispositions complémentaires dans le droit des quasi-délits ou du droit pénal (question qui sort du champ du présent document). Dans les pays de *common law*, les obligations des administrateurs peuvent être définies non seulement par les textes pertinents mais aussi par la jurisprudence.

9. Les textes concernant les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises sont étroitement liés, dans leur application, à d'autres règles juridiques et dispositions légales touchant la gouvernance des entreprises, avec lesquelles existent des interactions. Dans certains pays, les dispositions en question constituent un élément clef des cadres réglementaires, par exemple des lois visant à protéger les déposants des établissements financiers, à faciliter le recouvrement des impôts ou à privilégier certaines catégories de créanciers, comme les employés, ainsi que des règles juridiques, des usages commerciaux et du contexte culturel locaux.

10. Les sociétés au bord de l'insolvabilité ont besoin d'une direction solide, étant donné que les jugements et les décisions dans ces circonstances sont fréquemment difficiles. Or, les administrateurs risquent, s'ils craignent les répercussions

financières éventuelles des décisions à prendre, de fermer prématurément une entreprise plutôt que d'essayer de la sortir de ses difficultés. Pour être efficace, une réglementation dans ce domaine doit par conséquent chercher à concilier ces deux objectifs souvent concurrents et les intérêts des différentes parties prenantes, c'est-à-dire à la fois préserver la faculté des administrateurs et dirigeants de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement, tout en encourageant un comportement responsable, en décourageant la prise de risques excessifs, en facilitant l'activité de l'entreprise et en encourageant, très tôt la recapitalisation ou la restructuration de l'entreprise en difficulté.

11. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a beaucoup fait pour l'élaboration de principes de gouvernement des entreprises qui sont aujourd'hui largement adoptés et qui définissent notamment les attributions des administrateurs de société[2] ne se trouvant pas en situation d'insolvabilité (voir ci-dessous le paragraphe 29), mais l'on ne s'est guère attaché, au plan international, à harmoniser les différentes approches qui sous-tendent les législations nationales en matière d'insolvabilité.

12. L'expérience acquise dans l'Union européenne met en relief certaines des difficultés à prévoir. En 2002, un Groupe d'experts de haut niveau en matière de droit des sociétés (ci-après dénommé le "Groupe d'experts") créé par la Commission européenne a recommandé d'introduire au niveau de l'Union européenne (UE) une règle concernant la négligence sanctionnable, en vertu de laquelle les administrateurs (y compris les administrateurs de fait) seraient tenus personnellement responsables des conséquences de la défaillance de la société dans les cas où il était prévisible que celle-ci n'était plus en mesure de continuer à honorer ses dettes[3]. Le Groupe d'experts a relevé que les règles variaient beaucoup d'un pays à l'autre. Certains États membres n'ont pas prévu de dispositions spécifiques mais parviennent au même résultat par des règles générales sur la responsabilité des administrateurs, quelquefois en matière de responsabilité civile. Là où existait une obligation générale de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en cas d'insolvabilité avérée, l'obligation intervenait habituellement trop tard pour être efficace. Le Groupe d'experts a estimé que la règle recommandée n'interférerait pas avec les décisions de gestion quotidienne des administrateurs aussi longtemps qu'une situation d'insolvabilité n'était pas prévisible. Cette règle aurait pour effet à la fois de renforcer la confiance des créanciers et d'encourager ceux-ci à continuer de traiter avec l'entreprise, et introduirait un niveau de protection équivalent pour les créanciers des sociétés de l'ensemble de l'Union européenne. Elle éviterait également d'avoir à harmoniser l'ensemble des règles concernant la responsabilité des administrateurs dans tous les États membres, tâche qui serait en tout état de cause extrêmement difficile. Restait cependant à déterminer si une telle règle devait relever du droit des sociétés ou du droit de l'insolvabilité. Le Groupe d'experts a été d'avis que la question de la responsabilité des administrateurs était surtout importante avant l'insolvabilité et constituait par

---

[2] Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004, section VI (les "Principes de l'OCDE").

[3] Rapport du Groupe d'experts de haut niveau en matière de droit des sociétés: un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés, Bruxelles, 4 novembre 2002 (le "rapport du Groupe d'experts"), chapitre 3, section 4, p. 68 et 69. Le Groupe a été constitué par la Commission européenne en 2001.

conséquent un élément clef d'un régime de gouvernement de l'entreprise plutôt que d'un régime de l'insolvabilité. La Commission européenne a ultérieurement appuyé la proposition tendant à ce que soit introduite une règle concernant la négligence sanctionnable et l'interdiction d'exercer la charge d'administrateur[4].

13. En 2006, cependant, la plupart des réponses à une consultation publique sur la mise en œuvre du Plan d'action de 2003 pour la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise (qui prévoyait notamment l'élaboration de dispositions concernant les obligations des administrateurs) ont reflété une opposition à l'élaboration de dispositions harmonisées dans ce domaine étant donné que les réglementations nationales étaient déjà suffisamment détaillées[5]. Il a été suggéré que des règles communes au niveau de l'ensemble de l'UE créeraient une incertitude juridique en raison de leur chevauchement avec les réglementations nationales et que les avantages d'une harmonisation étaient plus que compensés par les coûts et les difficultés qu'elle supposait. De plus, comme la question était étroitement liée au droit privé, et surtout au droit de l'insolvabilité, au droit pénal et au droit de procédure, il a été relevé qu'elle ne pouvait pas être abordée au niveau de l'Union européenne dans le seul contexte du droit des sociétés.

14. Nonobstant les difficultés identifiées lors de la consultation publique, les propositions visées dans la présente note permettent de penser qu'il devrait être possible de cristalliser, à partir de régimes de l'insolvabilité efficaces, des principes fondamentaux qui devraient se retrouver dans les devoirs des administrateurs et des dirigeants dans le cas d'insolvabilité. Ces principes pourraient esquisser les caractéristiques les mieux à même de donner effet aux objectifs d'intérêt général et d'ordre international que les pays cherchent à atteindre avec de telles lois et constitueraient pour les États des indications touchant les circonstances dans lesquelles la responsabilité personnelle des administrateurs pourrait se trouver engagée. Dans le même temps, ces principes devraient tenir compte des inconvénients que pourraient avoir des règles excessivement draconiennes et des menaces qu'elles pourraient constituer pour l'esprit d'entreprise.

15. Le préambule des Principes de l'OCDE suggère une formule autre que l'harmonisation des législations nationales que le Groupe de travail pourrait envisager lorsqu'il discutera des questions évoquées ci-dessous:

> "Il n'existe pas de modèle unique de bon gouvernement d'entreprise. Néanmoins, les travaux réalisés [...] ont permis de dégager certains éléments communs qui sont au fondement d'un bon gouvernement d'entreprise. Les Principes s'appuient sur ces éléments communs et sont énoncés de façon à couvrir les différents modèles existants. [...]
>
> Les Principes de gouvernement d'entreprise n'ont pas de caractère contraignant et ne contiennent pas de prescriptions détaillées devant être reprises dans chaque législation nationale; ils proposent plutôt certains

---

[4] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européens: Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprises dans l'Union européenne – Un plan pour avancer, Bruxelles, 21 mai 2003 COM (2003) 284 final, section 3.1.3.

[5] Direction générale des marchés internes et des services, Consultation et audition sur les priorités futures en matière de modernisation du droit des sociétés et de renforcement de la gouvernance des entreprises dans l'Union européenne, 2006 (le "rapport de l'UE de 2006").

objectifs ou résultats et suggèrent diverses manières de les atteindre. Leur ambition est de servir de référence. Ils peuvent être utilisés par les autorités chargées d'étudier et d'élaborer un cadre juridique et réglementaire de gouvernement d'entreprise qui tienne compte des conditions économiques, sociales, juridiques et culturelles propres à chaque pays. Ils peuvent l'être également par les intervenants sur le marché lorsqu'ils définissent les pratiques qu'ils entendent adopter[6]."

B. Questions à examiner

16. La présente note indique certaines des questions connexes à prendre en considération si l'on veut élaborer des principes directeurs ou des directives concernant les obligations et la responsabilité des administrateurs dans le contexte de l'insolvabilité. Ces questions concernent notamment les points suivants:

a) Définition des personnes qui doivent être considérées comme un administrateur ou un dirigeant d'une société aux fins de décider à qui incombent différentes obligations, y compris les administrateurs officiellement désignés et les autres;

b) Nature des obligations des administrateurs et des personnes auxquelles ceux-ci doivent rendre compte en période autre que d'insolvabilité;

c) Question de savoir si la nature des obligations des administrateurs et les personnes auxquelles ceux-ci doivent rendre compte changent lorsque l'entreprise est au bord de l'insolvabilité ou à quel moment ce changement intervient;

d) Manquement aux obligations des administrateurs et nature de la responsabilité qu'entraîne un tel manquement, l'accent étant mis sur la responsabilité civile plutôt que pénale;

e) Moyens de défense pouvant être invoqués en cas de manquement aux obligations des administrateurs;

f) Action pouvant être intentée en cas de manquement aux obligations des administrateurs, parties pouvant entamer une telle action et conséquences possibles d'un tel manquement, par exemple amendes, versement de dommages-intérêts et interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur.

17. Les États ont adopté des approches diverses sur les points susmentionnés. L'on trouvera ci-après quelques indications de caractère général sur certaines des approches suivies, ce qui devrait faciliter la tâche du Groupe de travail, mais la discussion ci-dessous est inévitablement sélective.

---

[6] Principes de l'OCDE, p. 13 et 14.

II. Avant l'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité

A. Obligations en ce qui concerne la gestion et la supervision d'une société

1. Titulaires des obligations: personnes pouvant être considérées comme des "administrateurs"

18. Dans la plupart des pays, les obligations en ce qui concerne la gestion et la supervision des opérations de la société incombent à différentes personnes. Il peut s'agir des propriétaires de la société, d'administrateurs formellement désignés en tant que tels, de dirigeants ou de cadres (qui peuvent également être des administrateurs dirigeants) et des personnes ou entités non désignées, y compris des tierces parties agissant comme administrateurs "de fait".

19. Un administrateur de fait est généralement considéré comme étant une personne qui agit en qualité d'administrateur mais n'est pas formellement désignée en cette qualité. Il peut s'agir de toute personne qui, à un moment ou à un autre, prend part à la constitution, à la promotion ou à la gestion de la société. Dans les petites entreprises familiales, il peut s'agir de membres de la famille, d'anciens administrateurs, de consultants et même d'employés de confiance. Habituellement, pour être considéré comme administrateur de fait, il ne suffit pas de participer à la gestion de la société, cette qualité pouvant découler d'un ensemble de faits, comme la signature de chèques; la signature de la correspondance de la société en qualité de "directeur"; le fait de permettre aux clients, aux créanciers, aux fournisseurs et aux employés de considérer l'intéressé comme un administrateur ou un décideur; et l'adoption de décisions financières concernant l'avenir de l'entreprise avec la banque et les experts comptables de la société.

20. Un administrateur de fait peut, sans avoir été formellement désigné en cette qualité, être une personne sur les instructions de laquelle les administrateurs de la société agissent habituellement. Généralement, cela exclut les conseillers professionnels qui agissent à ce titre. Pour être considéré comme un administrateur de fait, il faut pouvoir influencer l'ensemble ou la majorité du conseil d'administration et être habilité à prendre des décisions financières et commerciales qui lient la société et, dans certains cas, il faut aussi que la société ait cédé à l'administrateur de fait tout ou partie de ses pouvoirs de gestion. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, un membre du groupe peut être administrateur de fait d'un autre membre du groupe.

21. Pour plus de commodité, les administrateurs de ces différentes catégories sont, dans la présente note, tous appelés "administrateurs".

22. Il est indiqué dans les Principes de l'OCDE que, quelles que soient les différences qui caractérisent la façon dont sont structurés les conseils d'administration des entreprises[7], ils sont censés s'appliquer à l'organe, quelle que

[7] Il existe dans certains pays un système de gouvernement d'entreprise qui comporte deux organes distincts qui séparent la fonction de surveillance et la fonction de gestion. Dans ce cas, coexistent en général un conseil de surveillance composé de membres sans fonction de direction et un directoire uniquement composé de dirigeants de la société. Dans d'autres pays, le système

soit sa nature, chargé de gouverner l'entreprise et de superviser sa gestion, les membres du conseil d'administration étant investis d'obligations particulières à cet égard.

2. Fonctions des administrateurs

23. Les Principes de l'OCDE indiquent quelles sont habituellement les fonctions des conseils d'administration. Ces fonctions sont notamment les suivantes: revoir et guider la stratégie de l'entreprise, ses principaux plans d'action, sa politique de risque, ses budgets annuels et ses programmes d'activité, définir ses objectifs de résultats, assurer la surveillance de la mise en œuvre de ces objectifs et des résultats de l'entreprise et contrôler les principales dépenses d'équipement; surveiller les pratiques effectives de la société en matière de gouvernement d'entreprise; recruter les principaux dirigeants et suivre leurs activités; assurer la disponibilité de ressources financières adéquates; gérer les conflits d'intérêts pouvant surgir; s'assurer de l'intégrité des systèmes de comptabilité et d'information financière de la société; rendre compte aux actionnaires des performances de la société; et superviser la divulgation de l'information[8].

B. Nature des obligations

24. Dans de nombreux pays, la législation ou les politiques nationales se réfèrent d'une façon ou d'une autre aux normes qui doivent présider à la façon dont les administrateurs s'acquittent de leurs fonctions ou de leurs obligations. Les administrateurs doivent d'une façon générale, conformément à la loi, s'acquitter de leurs attributions sur la base du principe selon lequel, si ce sont eux qui gèrent l'entreprise et la contrôlent, l'entreprise doit (en théorie) être administrée dans l'intérêt des actionnaires. Le rôle et les responsabilités des administrateurs peuvent varier selon la nature et le type de l'entité commerciale dont il s'agit, par exemple selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société à capital fermé ou privé ou d'une entreprise familiale, et selon le pays où opère la société. Les administrateurs de sociétés anonymes ont habituellement des obligations beaucoup plus rigoureuses et plus complexes que ceux d'autres types de sociétés. Généralement, les obligations en question incombent à chaque administrateur individuellement plutôt qu'au conseil dans son ensemble.

25. Les obligations qui incombent aux administrateurs dans l'accomplissement de leurs fonctions ont un caractère fiduciaire, comme celles que la loi impose à d'autres personnes investies de fonctions de représentation, comme les préposés et les agents fiduciaires. Ce principe indique les deux éléments essentiels des obligations fiduciaires des administrateurs, à savoir le devoir de diligence et le devoir de loyauté, même si certains États considèrent que la seule obligation fiduciaire est le devoir de loyauté.

---

fonctionne avec un organe unique qui comporte à la fois des administrateurs dirigeants et d'autres sans fonction de direction. Dans d'autres encore, la législation prévoit en outre un organe supplémentaire investi d'une mission de contrôle. Notes indicatives concernant les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, section VI, Responsabilités du Conseil d'administration, p. 64.

[8] Ibid., VI.D, p. 67.

26. Le devoir de diligence suppose que les administrateurs doivent agir en toute connaissance de cause, de bonne foi et avec tout le soin requis. Dans certains pays, le devoir de loyauté englobe l'obligation d'agir de façon honnête et de bonne foi. Selon la législation de certains pays, le conseil d'administration est légalement tenu d'agir dans l'intérêt de la société et, ce faisant, de se comporter comme le ferait une personne raisonnablement prudente dans des circonstances similaires. Dans de nombreux États, le devoir de diligence ne permet pas de sanctionner une erreur commise dans le cadre de l'exercice du jugement d'affaire dès lors que les administrateurs n'ont pas été extrêmement négligents et que la décision a été prise avec toute la diligence requise[9]. Dans certains pays, la règle relative au jugement d'affaires établit une présomption selon laquelle les administrateurs de la société ont, dans les décisions qu'ils ont prises, agi en pleine connaissance de cause, de bonne foi et dans la conviction intime que la décision adoptée était dans l'intérêt de la société[10]. Cette présomption peut être réfutée en établissant l'existence d'un manquement au devoir de diligence ou à l'obligation de bonne foi.

27. Il est relevé dans les Principes de l'OCDE que le devoir de loyauté conditionne le respect effectif de nombre des obligations susmentionnées (par. 23) et est fondamental pour les administrateurs qui travaillent au sein d'un groupe de sociétés; même lorsqu'une société est contrôlée par une autre société, le devoir de loyauté des administrateurs est en effet un devoir vis-à-vis de la société et de tous ses actionnaires et non vis-à-vis de la société qui contrôle le groupe[11].

28. Dans certains pays[12], la législation définit de façon assez détaillée les obligations des administrateurs, lesquelles peuvent englober par exemple, indépendamment du devoir d'agir dans l'intérêt de la société, l'obligation de se conformer à ses statuts et aux décisions adoptées conformément aux statuts; l'obligation d'agir honnêtement et de ne pas oublier que les biens de la société appartiennent à celle-ci et non aux administrateurs ou aux actionnaires; l'obligation de faire preuve de la diligence et du soin requis et de se tenir informés des affaires de la société; le devoir de veiller à ce que la société tienne un compte rendu des décisions des administrateurs; et l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts. Les obligations plus spécifiques que certains États[13] imposent aux administrateurs comprennent notamment l'obligation de faire rapport tous les trois mois sur l'accomplissement de leurs fonctions; de faire rapport au commissaire aux comptes ou au comité d'audit dès lors qu'ils ont vent d'un risque de perte significative pour la société; et le devoir de surveiller les activités des autres administrateurs.

---

[9] Ibid., VI.A, p. 65.

[10] Cette règle s'applique notamment aux États-Unis et dans plusieurs autres pays. Il a été élaboré plusieurs variantes de la règle relative au jugement d'affaires, comme une version modifiée ou le critère de proportionnalité, selon lequel les administrateurs doivent démontrer que les décisions adoptées étaient raisonnables eu égard à la menace posée (*Unocal* c. *Mesa Petroleum*, 493 A.2d 946 (Del. 1985)). Cette règle a été modifiée par la suite, de sorte qu'il faut déterminer, par application du critère de proportionnalité, si la mesure adoptée par l'administrateur a eu pour effet de forcer la main des actionnaires (*Unitrin, Inc.* c. *American General Corp* 493 A.2d 946 (Del. 1985)).

[11] Notes explicatives concernant les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, section VI.A, p. 65.

[12] Par exemple, Angleterre: Loi de 2006 sur les sociétés.

[13] Par exemple, Corée.

29. La section VI des Principes de l'OCDE définit comme suit les obligations des administrateurs:

a) Agir en toute connaissance de cause, de bonne foi, avec toute la diligence et le soin requis et dans l'intérêt de la société et de ses actionnaires;

b) Traiter équitablement tous les actionnaires, surtout lorsque les décisions du conseil peuvent affecter de manière variable les différentes catégories d'actionnaires;

c) Appliquer des normes éthiques élevées et prendre en considération les intérêts des différentes parties prenantes;

d) S'acquitter de leurs attributions clefs (comme celles qui sont indiquées au paragraphe 23 ci-dessus);

e) Porter un jugement objectif et indépendant sur la conduite des affaires de la société; et

f) Avoir accès à des informations exactes, pertinentes et disponibles en temps opportun.

30. Ce qu'il faut entendre par intérêt de la société peut varier d'un pays à l'autre. Dans un pays, par exemple, le concept a été interprété comme se distinguant de l'intérêt des actionnaires ou des créanciers et consiste, du point de vue économique, à maximiser la valeur de l'entreprise. Pour déterminer ce qu'est l'intérêt de la société, les administrateurs peuvent prendre en considération différents facteurs, compte tenu des circonstances de l'espèce, dont les intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, de l'État et de l'environnement[14].

31. Il ressort des autres études concernant le gouvernement des entreprises menées par l'OCDE dans le contexte de la crise financière que le seul moyen, en principe, d'améliorer la performance des conseils d'administration consiste à définir clairement leurs attributions puis à permettre ou encourager les actionnaires et/ou les organismes de tutelle à veiller à ce qu'elles soient respectées. L'OCDE relève que les normes énoncées aux alinéas a) et c) du paragraphe 29 ci-dessus, considérées ensemble, constituent pour les administrateurs des normes plus rigoureuses qui reflètent la législation en vigueur dans les différents pays. En outre, les Principes encouragent une maximisation de la valeur de l'entreprise à long terme et pas seulement de la valeur que celle-ci représente pour les actionnaires[15].

32. L'interprétation des obligations susmentionnées dans les différents États est une question qui a fait couler beaucoup d'encre. Il sortirait du champ de la présente note de vouloir analyser en détail ces différentes interprétations. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une telle analyse faciliterait ses travaux futurs.

---

[14] Canada, *Peoples Department Stores Inc. v Wise* 2004 SCC 68, par. 41 et 42. Voir J. Sarra, Canada's Supreme Court Rules on Fiduciary Obligation Towards Creditors on Insolvency – Peoples Department Stores v Wise, *Int. Insolv. Rev.* Vol 15: 1-15 (2006).

[15] Corporate governance and the financial crisis: conclusions and emerging good practice to enhance implementation of the principles, Direction des affaires financières et les entreprises, Comité directeur de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise, 24 février 2010, par. 62.

C. Personnes auxquelles il doit être rendu compte

33. Les législations varient quant aux personnes auxquelles les administrateurs doivent rendre compte lorsqu'une entreprise est solvable, certaines établissant à cette fin une distinction entre le devoir de diligence et le devoir de loyauté. Habituellement, les administrateurs doivent rendre compte à la société elle-même, ce qui peut, dans certains États, être interprété comme englobant à la fois les actionnaires et les créanciers. Dans quelques pays, il se peut que les administrateurs doivent également rendre compte aux actionnaires, mais aux actionnaires en général et non individuellement. Lorsqu'une distinction est établie sur la base de la nature de l'obligation, les actionnaires doivent rendre compte de la façon dont ils se sont acquittés de leur devoir de loyauté à l'égard de la société seulement, tandis qu'il se peut qu'ils doivent également rendre compte aux créanciers et aux autres parties prenantes dans le contexte de l'obligation de diligence. Les administrateurs doivent, pour les traiter équitablement, tenir dûment compte des intérêts de ces parties prenantes, comme employés, clients, fournisseurs et communautés locales, pour ce qui est, dans ce dernier cas, du respect des normes environnementales et sociales. Comme le relève l'OCDE, les attributions des conseils d'administration sont fort complexes et amènent parfois ceux-ci à devoir faire la part d'intérêts souvent fort divergents[16].

III. L'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité

34. La discussion ci-après porte uniquement sur les obligations qui incombent aux administrateurs lorsqu'une société se trouve en difficulté financière ou est insolvable.

A. Obligations auxquelles donne naissance l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

35. Dans de nombreux pays, la législation en matière d'insolvabilité reconnaît que, lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité, le but doit être de maximiser la valeur des avoirs de la société et de les préserver pour qu'ils puissent être distribués aux créanciers. Les obligations des administrateurs et des dirigeants seront par conséquent différentes, aussi bien par leur nature que par leur objet, de celles qui s'appliquent lorsque l'entreprise était solvable. Fréquemment, ils cesseront de diriger les affaires de la société, étant remplacés en cela par un syndic ou un liquidateur, bien qu'ils puissent conserver un certain rôle dans certains pays, particulièrement dans le contexte d'une opération de redressement. Le Guide législatif, par exemple, traite de ces obligations dans ses recommandations 108 à 114 et aux paragraphes 22 à 34 du commentaire. La recommandation 110 spécifie de manière assez détaillée les obligations auxquelles doit donner naissance, en vertu de la législation sur l'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ces obligations, qui persistent pendant toute la procédure, sont notamment les suivantes: coopérer avec le syndic et l'aider à s'acquitter de ses tâches; fournir des

[16] Ibid., par. 63.

informations exactes, fiables et complètes concernant la situation financière et les affaires de l'entreprise; et coopérer avec le syndic ou le liquidateur pour l'aider à prendre le contrôle effectif des avoirs de la société et à faciliter la recherche des actifs et des archives de l'entreprise.

36. La recommandation 114 et le paragraphe 34 du commentaire ont trait à l'imposition de sanctions lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses obligations. Dans certains pays, les administrateurs et les dirigeants d'une société peuvent voir leur responsabilité pénale engagée s'ils ne s'acquittent pas de leurs obligations et, dans d'autres, ils peuvent être tenus pour personnellement responsables de tout préjudice causé du fait d'un manquement aux obligations en question.

B. Obligations des administrateurs lorsque la société est insolvable ou sur le point de l'être

37. Une question qui retient de plus en plus l'attention mais qui est envisagée sous des angles extrêmement différents est celle de savoir si les obligations des administrateurs d'une société doivent être affectées à un moment quelconque avant l'introduction d'une action en insolvabilité ou l'ouverture de la procédure, période parfois appelée "zone crépusculaire" ou "quasi-insolvabilité", concept quelque peu nébuleux qui entend néanmoins donner l'idée d'une dégradation de la stabilité financière de l'entreprise qui, si rien n'est fait, risque de déboucher sur une situation d'insolvabilité et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Si les obligations des administrateurs doivent se trouver de quelque manière affectées pendant cette période, il se pose la question connexe de savoir à quel moment ces obligations doivent changer et comment doit être définie la situation d'"insolvabilité". Une autre question encore est celle de savoir quelle est la nature des obligations des administrateurs à ce stade et si elle diffère de celles qui sont les leurs lorsque la société est solvable.

1. Les administrateurs devraient-ils avoir des obligations à l'égard des créanciers lorsqu'une situation d'insolvabilité approche?

38. Dans un pays, il a été confirmé que les administrateurs n'ont aucune obligation fiduciaire à l'égard des créanciers lorsque l'entreprise devient insolvable ou est sur le point de l'être, l'obligation fiduciaire en question étant le devoir de loyauté à l'égard de l'entreprise (c'est-à-dire l'obligation d'agir de façon honnête et de bonne foi en ayant en vue l'intérêt de la société). La teneur de cette obligation ne change pas avec la santé financière de la société et cette obligation est à tout moment un devoir à l'égard de celle-ci. L'intérêt de la société ne doit pas être confondu avec les intérêts des créanciers ou des autres parties prenantes[17]. Si les obligations des administrateurs ne changent pas à ce moment-là, c'est essentiellement en raison de l'existence d'un recours qui prévoit que lorsque les administrateurs d'une société ont exercé leurs pouvoirs d'une façon qui "abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants ou se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts"[18], les parties intéressées peuvent avoir droit à réparation. Ce recours est fondé sur le

---

[17] Canada: *Peoples Department Stores Inc.* c. *Wise* 2004 SCC 68, par. 43.

[18] Loi canadienne sur les sociétés par actions de 1985, section 241-2 c).

principe selon lequel les entreprises doivent agir en ayant à l'esprit leurs obligations sociales et doivent par conséquent prendre en considération les intérêts de toutes les parties prenantes qui peuvent être affectées par leurs décisions. L'accent, en l'occurrence, est mis sur les décisions en rapport avec l'entreprise et non sur la conduite personnelle des administrateurs. Les mesures tombant sous le coup de ce recours sont notamment les mesures de caractère coercitif ou abusif, les mesures ayant pour effet d'entraîner des difficultés excessives, les mesures adoptées de mauvaise foi ou constituant un abus de pouvoir ou les mesures pouvant de quelque autre manière causer un grave préjudice.

39. Dans ses "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers", la Banque mondiale a recommandé que "les lois régissant la responsabilité des administrateurs et des dirigeants du chef de décisions défavorables aux créanciers adoptées lorsqu'une entreprise est en difficulté financière ou est insolvable devraient tendre à promouvoir un comportement responsable de la part des entreprises tout en encourageant une prise de risques raisonnable. À tout le moins, la législation devrait tenir les administrateurs et dirigeants d'entreprise responsables du préjudice causé aux créanciers par suite d'une décision visant délibérément à leur nuire, imprudente ou constituant une négligence grave"[19].

40. Différents auteurs se sont dits opposés à l'idée selon laquelle les administrateurs auraient des obligations à l'égard des créanciers avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, faisant valoir que les créanciers sont suffisamment protégés par d'autres dispositions légales, comme celles qui ont trait aux transferts frauduleux, et peuvent gérer tous types de risque, par exemple au moyen de contrats et de polices d'assurance.

41. Une approche différente est fondée sur l'idée qu'imposer de telles obligations à l'égard des créanciers n'encourageraient pas les administrateurs, étant eux-mêmes actionnaires, à essayer d'éviter une situation d'insolvabilité. Il peut en effet s'avérer nécessaire, à cette fin, d'adopter des stratégies à haut risque afin de préserver la valeur de l'entreprise pour les actionnaires alors même que cela risque d'accroître les risques pour les créanciers et il arrive qu'il soit fait peu de cas des risques d'échec en raison de la protection accordée par le régime de responsabilité limitée si les mesures adoptées ne sont pas couronnées de succès. Lorsque l'entreprise est insolvable, les actionnaires ont perdu leurs actifs et sont remplacés par les créanciers en tant qu'ayants droit résiduels. En conséquence, selon ce raisonnement, les administrateurs devraient, en raison de leurs obligations fiduciaires, rendre compte aux créanciers plutôt que de s'attacher à maximiser la valeur des actifs de l'entreprise au bénéfice des actionnaires.

42. Certains pays considèrent que les obligations des administrateurs et des dirigeants *changent* à mesure que l'insolvabilité approche afin de protéger ainsi les créanciers de l'entreprise plutôt que les actionnaires. D'autres considèrent que ces obligations sont *plus larges* et englobent les créanciers, et pas seulement les actionnaires. Le devoir d'agir en ayant en vue l'intérêt de la société demeure généralement constant.

---

[19] Banque mondiale "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers", 2005, Partie B: Risk Management and Corporate Workout, B2: Director and Officer Accountability.

43. Si la raison qui conduirait à imposer aux administrateurs une obligation à l'égard des créanciers en cas d'insolvabilité peut être la même dans les différents pays, ceux-ci suivent des approches différentes en ce qui concerne la formulation de cette obligation et la définition de la norme à appliquer. Une approche est fondée sur la doctrine de la fiducie, et considère les administrateurs comme des agents fiduciaires chargés de gérer les actifs de la société au bénéfice des créanciers lorsque la société est insolvable, les administrateurs ayant l'obligation de protéger ses actifs pour le compte des créanciers.

44. Selon une autre approche, les administrateurs, lorsqu'ils savent que la société ne peut pas faire face à ses engagements lorsqu'ils sont exigibles, devraient être tenus d'intervenir pour surveiller la situation financière de l'entreprise et éviter l'insolvabilité. S'ils continuent néanmoins à gérer les activités de l'entreprise en obtenant des biens et des services à crédit sans divulguer la situation financière de la société à ses fournisseurs, ils devraient être tenus pour personnellement responsables.

45. Dans une étude à ce sujet, INSOL appelle l'attention sur les divers avantages et inconvénients qu'aurait une règle qui imposerait une responsabilité personnelle aux administrateurs et dirigeants d'une société qui deviendrait insolvable[20]. Une telle règle aurait plusieurs avantages dans la mesure où elle permettrait:

a) D'enrayer rapidement le déclin de l'entreprise afin de mettre les créanciers existants à l'abri de pertes encore plus considérables et d'empêcher que de nouveaux créanciers se trouvent mêlés aux difficultés financières de la société;

b) D'imposer, par le biais de sanctions rigoureuses, une discipline à la direction de l'entreprise; et

c) D'encourager la direction de l'entreprise à obtenir des avis spécialisés compétents lorsque des difficultés financières sont en vue.

46. Les inconvénients d'une telle règle seraient notamment les suivants:

a) Risque de fermeture prématurée d'entreprises viables qui auraient pu survivre;

b) Découragement d'une restructuration volontaire, les administrateurs se montrant peu disposés à continuer à gérer la société pour lui permettre de sortir des difficultés;

c) Érosion du statut juridique conféré par l'acte constitutif et affaiblissement des incitations. Des risques trop élevés peuvent décourager les administrateurs et, même si la société peut assurer ceux-ci, la couverture est onéreuse et est fréquemment l'objet d'exceptions de large portée;

d) Imprévisibilité, la responsabilité dépendant des circonstances particulières de l'espèce ainsi que de l'attitude future des tribunaux; et

e) Risque accru pour les banques et d'autres entités pouvant être considérées comme administrateurs de fait de voir leur responsabilité engagée de manière imprévue en raison de leur participation aux affaires de la société, particulièrement au moment de l'insolvabilité.

---

[20] Directors in the Twilight Zone III (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

47. Comme indiqué ci-dessus, quelques auteurs considèrent que les administrateurs devraient, indépendamment de leurs obligations à l'égard des actionnaires, avoir des obligations envers les créanciers. Si tel était le cas, les administrateurs risqueraient de se trouver confrontés à des conflits potentiels. Par exemple, il se peut que la situation financière d'une entreprise porte à conclure que celle-ci devra entamer une procédure d'insolvabilité quelques semaines plus tard, auquel cas les actionnaires n'auraient plus aucun intérêt dans l'entreprise, tandis que les créanciers n'obtiendraient pas le paiement intégral des montants qui leur sont dus. Les créanciers accepteraient probablement une vente de l'entreprise à un prix d'achat suffisant pour couvrir intégralement leurs créances, tandis que les actionnaires préféreraient attendre pour obtenir un prix plus élevé ou négocier avec un autre acheteur dans l'espoir de récupérer une partie, même minime, de leur investissement[21]. Les administrateurs devraient déterminer quelle est la démarche qui sert au mieux l'intérêt de la société dans son ensemble après avoir tenu compte des intérêts des différentes parties prenantes eu égard aux circonstances de l'espèce.

48. La mesure dans laquelle un régime de responsabilité personnelle des administrateurs constitue véritablement une protection pour les créanciers varie selon les circonstances. Par exemple, les administrateurs de petites entreprises sont souvent des commanditaires qui risquent de perdre simultanément leur patrimoine personnel et les actifs de leur entreprise, de sorte qu'il ne restera pas grand-chose pour payer aux créanciers les montants qui leur sont dus. Les grandes entreprises, en revanche, contractent fréquemment une assurance pour couvrir la responsabilité de leurs administrateurs, ce qui pourra garantir une indemnisation aux créanciers lésés tout en protégeant les administrateurs, lesquels seront alors moins enclins à s'acquitter de leur devoir de diligence et à se conformer aux autres obligations qui leur incombent. Cependant, le nombre de faillites spectaculaires enregistrées dans certains pays ces dernières années a peut-être eu un impact négatif sur l'assurance de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprises, opération de plus en plus onéreuse et risquée. Outre ces considérations, la protection dont jouissent les créanciers peut être affectée par leur capacité de se fonder sur un manquement à leurs obligations de la part des administrateurs et, si ceux-ci sont jugés responsables, obtenir réparation ou des dommages-intérêts; il a été suggéré que les mesures de recouvrement au profit de la masse de l'insolvabilité profitent peut-être davantage aux créanciers garantis plutôt qu'aux créanciers chirographaires[22]. Comme indiqué dans les Principes de l'OCDE, les possibilités d'obtenir réparation sont réduites dans de nombreux pays en raison, notamment, de la difficulté qu'il y a à obtenir de la partie adverse communication des informations pertinentes et des coûts élevés de la procédure[23], fait mis en relief par bien d'autres auteurs.

---

[21] R. de R. Barondes et al, Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies, 1 *J. Bus & Tech L* (2006-2007), p. 229-233.

[22] J. Payne et D. Prentice, Civil Liability of Directors for Company Debts under English Law, chap. 8, p. 193 et 194, *dans* I. Ramsay, ed., Company Directors' Liability for Insolvent Trading, Université de Melbourne, 2000.

[23] OCDE, le gouvernement d'entreprise et la crise financière, voir note 15, par. 63.

2. Comment déterminer où commence la "quasi-insolvabilité"

49. Si les administrateurs se trouvent effectivement investis d'une obligation à l'égard des créanciers lorsque l'insolvabilité approche, il existe différentes possibilités pour déterminer le moment auquel une telle obligation prend naissance.

50. L'une des possibilités qui pourraient être envisagées serait le moment auquel est introduite une action en insolvabilité, possibilité qui est sans doute celle qui crée la plus grande certitude. Si, cependant, la législation relative à l'insolvabilité prévoit que la procédure d'insolvabilité commence automatiquement dès l'introduction de l'action ou si l'intervalle entre l'introduction de l'action et le début de la procédure est très bref (voir la recommandation 18 du Guide législatif), cette formule n'aura guère d'effet.

51. Les autres possibilités sont fondées sur le principe selon lequel l'obligation prend naissance lorsqu'une société est en fait ou théoriquement insolvable, ce qui peut se produire bien avant que ne soit introduite une action en insolvabilité. Si l'on suit l'approche générale qui inspire le Guide législatif, l'on pourrait dire qu'il y a insolvabilité dès lors qu'une société n'est pas en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles sont exigibles ou que le passif d'une société dépasse la valeur de ses avoirs. Une autre possibilité serait le moment à partir duquel l'insolvabilité apparaît comme imminente, c'est-à-dire lorsque la société, d'une manière générale, n'est plus à même de faire face à ses engagements à mesure qu'ils deviennent exigibles (voir la recommandation 15 du Guide législatif). Ces critères sont de plus en plus fréquemment utilisés comme marquant le début de la situation d'insolvabilité et, dans certains pays, comme imposant aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité dans un délai spécifié, habituellement assez bref, suivant la situation de cessation de paiement.

52. Les tribunaux ont parfois essayé de définir ce qu'il faut entendre par "quasi-insolvabilité". Ainsi, un tribunal a suggéré que telle était la situation lorsque la société ne pouvait pas "générer et/ou obtenir des liquidités suffisantes pour honorer ses engagements projetés et mobiliser les fonds de roulement et couvrir les dépenses d'équipement requis avec une marge raisonnable lui permettant de faire face à la variabilité des affaires dans le temps"[24]. Le tribunal a considéré que, lorsque la société ne pourrait plus faire face à ses dettes, il serait trop tard pour protéger les créanciers. Dans l'affaire en question, le tribunal a estimé que les administrateurs avaient des obligations accrues pendant quatre ans avant que ne survienne effectivement la crise, sans égard à la possibilité de prévoir effectivement la survenance de la situation de cessation de paiement. La législation d'autres États prévoit un délai semblable et stipule que les administrateurs peuvent être tenus pour responsables d'une exécution fautive de leurs obligations pendant la période, pouvant atteindre trois ans, précédant la date à laquelle la société est devenue insolvable.

53. Une autre définition repose sur la date à laquelle un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou sur le point de l'être ou qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable pour la société d'éviter une action en insolvabilité. Ces critères sont l'un et l'autre subjectifs et doivent amener à tenir compte de considérations circonstancielles et contextuelles de caractère

---

[24] États-Unis d'Amérique: *Pereira* c. *Cogan*, 294 B.R. 449, (S.D.N.Y. 2003).

général, par exemple au moyen d'un examen de la comptabilité et de la situation financière de la société. L'un des inconvénients de ce type de norme est qu'il peut être difficile de déterminer avec précision le moment auquel l'administrateur peut être considéré comme ayant contribué à l'insolvabilité de la société.

3. La nature de l'obligation

54. Dans de nombreux pays, la législation relative à l'insolvabilité ou le droit des sociétés comporte des dispositions touchant les obligations qui incombent aux administrateurs pendant la période précédant la procédure d'insolvabilité, bien que les approches suivies varient beaucoup. Dans certains pays, la responsabilité des administrateurs peut se trouver engagée s'ils ont causé l'insolvabilité de la société, tandis que d'autres pays s'attachent plus particulièrement aux manquements à des obligations spécifiques, comme le devoir de loyauté, l'obligation d'agir en ayant en vue l'intérêt de la société et l'obligation d'agir exclusivement dans l'intérêt financier des créanciers. Dans certains pays, l'obligation qui incombe aux administrateurs lorsque l'insolvabilité approche vient s'ajouter à celles qui sont les leurs lorsque la société est solvable, et les administrateurs sont tenus d'adopter certaines mesures pour éviter ou atténuer les difficultés financières de la société et réduire au minimum les pertes que peuvent subir les créanciers. Dans certains pays, le devoir de diligence et la norme applicable peuvent varier entre les différents membres du conseil d'administration[25].

55. Dans quelques pays[26], les administrateurs ont l'obligation de faire preuve de la diligence attendue d'un homme d'affaires raisonnable mais ils sont également tenus, si une crise menace, d'envisager tous les scénarios possibles et, dans la mesure où faire se peut, d'adopter les mesures appropriées, y compris la convocation d'une assemblée générale des actionnaires si cela paraît être dans l'intérêt de la société, et ils doivent le faire sans tarder s'il ressort du bilan que plus de la moitié du capital-actions a été érodée (cette règle s'applique généralement lorsque la loi impose une obligation de maintenir un capital minimum). Les administrateurs peuvent également être tenus d'introduire une action en insolvabilité, laquelle pourra déboucher sur, entre autres, une réorganisation ou la liquidation, dans un délai spécifié, généralement assez bref, par exemple trois semaines, suivant la date à laquelle la société est devenue insolvable, faute de quoi leur responsabilité personnelle peut se trouver engagée, en tout ou en partie, du fait des pertes ainsi subies par la société et ses créanciers.

56. Dans d'autres pays, certains des actes accomplis par les administrateurs après que la société s'est trouvée dans une situation d'insolvabilité peuvent être annulés et privés d'effet, par exemple en application des règles relatives aux opérations illicites ou frauduleuses[27], et tel peut être le cas aussi si les actes en question ont aggravé la situation économique de la société ou ont été à l'origine de son insolvabilité. Le concept de faute de gestion peut s'appliquer aux administrateurs aussi bien de sociétés indépendantes que de sociétés membres d'un groupe d'entreprises; dans ce dernier cas, les administrateurs doivent être soumis à cette règle s'ils ont, comme

---

[25] Par exemple, Suisse.

[26] Par exemple, Allemagne et plusieurs autres pays de tradition romaniste.

[27] Par exemple, Angleterre (Loi de 1986 relative à l'insolvabilité) et Ghana.

indiqué ci-dessus, agi en qualité d'administrateurs de fait d'une autre société membre du groupe.

4. Le critère applicable

57. Comme dans le cas de la description des obligations qui leur incombent, le comportement des administrateurs est apprécié par référence à des critères différents pour déterminer s'ils ont ou non manqué à leurs obligations.

58. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 6, 12 et 56), les lois relatives aux fautes de gestion se réfèrent habituellement au stade auquel un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou risquait de le devenir. Le comportement de l'administrateur peut être apprécié, à cet égard, par référence aux connaissances, aux compétences et à l'expérience pouvant raisonnablement être attendues d'une personne investie des mêmes attributions. Ce critère est subjectif et on pourra attendre davantage de l'administrateur d'une grande société dotée de procédures et de systèmes comptables très avancés. De même, si les compétences et l'expérience de l'administrateur dépassent celles qu'exigent ses attributions, son comportement pourra être apprécié par référence à ses compétences et à son expérience effectives plutôt qu'à celles qu'exigent ses fonctions. D'un autre côté, un manque de compétences et d'expérience, eu égard à ce qu'exige l'emploi, ne constitue pas une excuse, et le comportement de l'administrateur pourra être jugé au regard des compétences et de l'expérience que suppose l'exercice de ses attributions[28].

59. Selon une autre approche[29], l'administrateur doit avoir eu des raisons de soupçonner que la société était insolvable ou le deviendrait au moment où il a engagé la dette ayant débouché sur l'insolvabilité de la société. Ce soupçon doit équivaloir à un sentiment de crainte ou d'inquiétude équivalant à une opinion qui n'est pas étayée par des preuves suffisantes. Ce critère ne va pas aussi loin que celui qui exige de l'administrateur qu'il ait prévu ou su que la société serait insolvable. Il s'agit de l'opinion que ce serait formée une personne raisonnable, étant donné les circonstances, exerçant des attributions semblables dans une société[30].

60. Une autre approche encore, fondée sur les fautes de gestion, apprécie le comportement de l'administrateur par référence à ce que ferait un administrateur normalement avisé. Des exemples de comportement ou d'actes pouvant engager la responsabilité des administrateurs seraient notamment imprudence, incompétence, manque d'attention, inaction, transactions d'initiés ou n'ayant pas de caractère commercial ou octroi irrégulier de crédits dépassant les moyens de la société, mais les plus fréquents sont le fait de permettre à la société de continuer d'opérer alors qu'elle est manifestement insolvable et d'entreprendre des projets dépassant les moyens financiers de la société et ne répondant pas à ses intérêts[31]. D'autres

---

[28] G. Siegel et P. Rosen, Are United States Courts developing a United Kingdom approach to the liability of directors of insolvent companies?, avril 2004, p. 3, citant T. E. Cooke et A. Hicks, Wrongful Trading – Predicting Insolvency, *J.B.L.* (1993), p. 338 et 339.

[29] Par exemple, Australie: Loi de 2001 sur les sociétés, S588G.

[30] Voir H. H. Rajak, Director and Officer Liability in the Zone of Insolvency: a Comparative Analysis, PER 2008(1), p. 23.

[31] Par exemple, France: Code de commerce de 2000. Voir P. Omar, The European initiative on wrongful trading, *Insolv. L.* 2003, p. 239-246.

exemples, relevant également du concept de fautes de gestion, sont notamment les cas dans lesquels les administrateurs n'ont pas fait preuve de la diligence requise pour vérifier l'assise financière de partenaires commerciaux ou pour analyser d'autres facteurs importants avant de conclure des contrats, n'ont pas fourni d'informations suffisantes pour permettre au comité de surveillance de superviser l'action de la direction, n'ont pas suivi comme il convient la gestion financière de la société, ont négligé d'adopter des mesures qui auraient permis d'éviter des risques manifestement prévisibles ou ont, par leur mauvaise gestion, été à l'origine de troubles et de grèves[32].

61. Différents pays, plutôt que de faire porter leur attention sur les actes et les décisions des administrateurs avant ou peu avant que la société ne devienne insolvable, s'attachent plutôt, après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à remédier, en les annulant, aux transactions effectuées et décisions prises avant le début de la procédure. Le fait pour un administrateur d'autoriser la société à effectuer une telle transaction pourra engager sa responsabilité en application, par exemple, de la législation relative aux fautes de gestion.

5. Moyens de défense

62. Dans certains pays, les administrateurs, tout en ayant des obligations à l'égard des créanciers lorsque la société est sur le point d'être déclarée insolvable, peuvent néanmoins invoquer certains moyens de défense, comme la règle relative au jugement d'affaires (voir par. 26 ci-dessus) pour établir que leur comportement a été raisonnable. Cette règle établit une présomption selon laquelle les administrateurs ont, par exemple, agi de bonne foi et avaient des raisons de croire qu'ils agissaient dans l'intérêt de la société, qu'ils n'avaient pas d'intérêt personnel substantiel dans la décision prise et qu'ils s'étaient dûment informés. Les tribunaux hésitent fréquemment à substituer leur appréciation à celle d'un administrateur qui ne s'est pas trouvé dans une situation de conflit d'intérêts et qui s'est acquitté des devoirs de diligence et de loyauté ou, avec l'avantage du recul, à critiquer ses décisions. Une approche légèrement différente donne aux administrateurs le bénéfice du doute, l'idée étant que les risques sont inévitables dans les affaires et sont un élément inhérent à toute décision de gestion. Il se peut également que la règle relative au jugement d'affaires constitue un moyen de défense en cas de manquement à certaines – mais pas toutes – des obligations prévues par la loi. Dans un pays, par exemple, cette règle ne peut pas être invoquée comme moyen de défense si les administrateurs n'ont pas observé les dispositions concernant les fautes de gestion ou les opérations qu'une société insolvable est autorisée à réaliser[33].

6. Exécution des obligations des administrateurs

a) Droit d'agir

63. Dans plusieurs pays, la législation restreint le droit d'intenter une action contre un administrateur selon la nature de l'action, la personne habilitée à agir et la date à laquelle l'action est intentée. L'exercice des pouvoirs d'annulation visés par la recommandation 87 du Guide législatif n'est pas pris en considération dans le résumé ci-après.

---

[32] Par exemple, Pays-Bas, Ibid., p. 247 et 248.

[33] Par exemple, Australie, note 29.

64. Dans un certain nombre de pays, lorsque la procédure d'insolvabilité a commencé, le représentant de l'insolvabilité est le seul qui, après avoir analysé les décisions prises par l'administrateur avant l'insolvabilité, soit habilité à poursuivre l'administrateur, par exemple pour obtenir dans l'intérêt des créanciers réparation du préjudice effectivement causé à la société. Les lois en matière de fautes de gestion, par exemple, peuvent autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre des administrateurs et des dirigeants de la société pour qu'ils contribuent à la masse lorsque leurs actes ont contribué à la mise en route de la procédure d'insolvabilité ou ont constitué des actes de mauvaise gestion.

65. Lorsque la société se trouve dans une situation de quasi-insolvabilité, ce droit peut être exercé par la société elle-même et, dans certains cas, par les créanciers, bien que dans de nombreux pays, à quelques rares exceptions près[34], la législation ne reconnaisse pas aux créanciers le droit de poursuivre les administrateurs d'une société avant qu'elle ait introduit une action en insolvabilité. Dans certains pays, les tribunaux ont parfois le pouvoir d'entamer d'office de telles actions. Dans les pays où les créanciers ont le droit d'agir, ce droit est généralement limité aux créanciers qui ont directement et individuellement subi un préjudice du fait des actes d'un administrateur. L'une des difficultés que suppose souvent l'introduction d'une telle action consiste à prouver le lien de causalité entre les actes de la direction de la société et le préjudice subi par les créanciers. Habituellement, les actionnaires ne sont pas autorisés à poursuivre les administrateurs pour manquement à leurs obligations, que ce soit avant ou après l'insolvabilité. Cependant, dans certains pays et dans certaines circonstances, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité refuse d'intervenir, les actionnaires peuvent avoir un droit dérivé. La législation d'autres pays repose sur une approche plus souple et permet à une plus large gamme de parties de poursuivre l'administrateur pour manquement à ses obligations lorsque la société est sur le point de devenir insolvable.

66. Une difficulté qui peut se présenter dans les pays qui autorisent le représentant de l'insolvabilité à agir a trait au paiement des frais de justice si l'action n'aboutit pas. Comme c'est fréquemment le cas des actions en annulation, il se peut que les représentants de l'insolvabilité soient peu disposés à dépenser des sommes faisant partie de la masse pour entamer une action avant que celle-ci n'ait de très bonnes chances d'aboutir.

b) Étendue de la responsabilité

i) Dommages-intérêts et réparation

67. Lorsqu'un administrateur est reconnu coupable d'actes ou d'omissions fautifs lorsque la société se trouve dans une situation de quasi-insolvabilité, l'étendue de sa responsabilité peut varier. Dans certains pays, il peut être tenu pour responsable des pertes ou dommages subis par des créanciers, des employés et la société elle-même. Il peut également être tenu pour responsable des paiements qui ont eu pour effet de réduire la valeur de la masse. Certains pays autorisent les tribunaux à évaluer le degré de responsabilité en fonction de la nature et de la gravité de la mauvaise gestion ou des actes ayant engagé la responsabilité de l'intéressé. Dans certains cas, cette responsabilité peut être imputée à des administrateurs déterminés tandis que,

---

[34] Par exemple, Allemagne et Japon.

dans d'autres, la responsabilité des membres du conseil d'administration peut être conjointe et solidaire.

68. Dans certains pays, l'administrateur peut être tenu pour responsable de la différence entre la valeur des actifs de la société au moment où elle aurait dû cesser d'opérer et la valeur à la date à laquelle elle a effectivement cessé de fonctionner, le montant recouvré devant être versé à la masse[35]. Selon une approche légèrement différente, les administrateurs peuvent être tenus de restituer la différence entre les actifs disponibles et le solde nécessaire à la société pour honorer ses dettes.

69. Dans certains pays, une limite à la responsabilité des administrateurs peut tenir à la mesure dans laquelle l'assemblée générale des actionnaires est habilitée à régler les réclamations pour dommages subis. Dans plusieurs pays, les actionnaires n'ont pas le droit de régler des réclamations ou de renoncer à les faire valoir au détriment des créanciers mais, dans d'autres, ils peuvent le faire dans une mesure limitée.

70. Même dans les pays où les administrateurs peuvent être tenus pour responsables de leurs actes, cela, comme indiqué ci-dessus, arrive rarement. Dans certains États, il y a peu d'exemples, si tant est qu'il y en ait, d'administrateurs de grandes sociétés ayant été tenus pour responsables en application de telles dispositions, bien qu'il y en ait dans le cas de sociétés à capital fermé[36]. Dans d'autres pays, l'administrateur d'une grande société court beaucoup plus de risques d'être tenu pour responsable de ses actes que celui d'une société de moindre envergure[37].

ii) Interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur

71. La législation d'un petit nombre de pays stipule que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise. Selon les législations d'un pays[38], il peut être interdit à une personne d'exercer les fonctions d'administrateur pendant une période comprise entre 2 et 15 ans lorsque l'intéressé est jugé ne pas être "apte" à assumer de telles fonctions. Les facteurs pris en considération à cette fin sont notamment un manquement à son obligation fiduciaire, un détournement de fonds ou un manquement à son obligation de tenir une comptabilité et de soumettre des rapports appropriés. Les causes d'interdiction peuvent être également des actes en rapport avec l'insolvabilité de la société, de sorte que l'administrateur peut être tenu pour responsable si la société a conclu des transactions pouvant être annulées pour des motifs semblables à ceux qui sont visés dans la recommandation 87 du Guide législatif ou si elle a continué d'opérer alors que l'intéressé savait ou aurait dû savoir qu'elle était insolvable. Ces différents facteurs sont généralement pris en considération globalement pour déterminer, dans un cas spécifique, si l'intéressé n'est pas "apte" à exercer les fonctions d'administrateur. Dans les pays qui prévoient une telle interdiction, les administrateurs reconnus non aptes ont souvent été ceux qui ont fait preuve de

---

[35] Siegel, note 28, p. 10.
[36] Par exemple, Japon.
[37] Par exemple, Allemagne.
[38] Loi de 1986 relative à l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur de société (Angleterre).

manque d'honnêteté dans les affaires, de graves négligences ou de sérieuses incompétences, mais tel n'est pas toujours nécessairement le cas.

72. L'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut être prononcée en même temps que d'autres sanctions et que la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'administrateur, comme indiqué ci-dessus, ou peut être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur ou du dirigeant justifie une telle sanction. Les lois qui autorisent une telle interdiction sont inégalement appliquées.

73. Le Groupe d'experts a recommandé que l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur soit imposée, au niveau de l'Union européenne, comme sanction en cas de déclarations financières ou non financières trompeuses et d'autres formes de fautes de gestion de la part des administrateurs[39]. Nombre des entités qui ont participé à l'élaboration du rapport de l'UE de 2006[40] se sont dites opposées à l'adoption de nouvelles lois concernant l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur, faisant valoir qu'il existait déjà des cadres législatifs nationaux à ce sujet, d'aucuns considérant même que l'harmonisation des dispositions applicables pourrait même soulever des difficultés constitutionnelles. Beaucoup de ces entités (aussi bien favorables qu'opposées à la proposition tendant à introduire une telle interdiction) ont fait observer néanmoins qu'il était extrêmement important de mettre au point un système d'échange d'informations et/ou d'instaurer une coopération plus étroite entre les autorités des différents États membres afin de faciliter de tels échanges d'informations. Il a été généralement convenu qu'un directeur frappé d'interdiction dans un État membre ne devrait pas pouvoir exercer les fonctions d'administrateur dans un autre.

IV. Portée et contenu des lignes directrices possibles

74. Le Groupe de travail V voudra peut-être prendre en considération les points suivants pour l'élaboration de lignes directrices concernant les obligations et la responsabilité des administrateurs de sociétés se trouvant dans une situation de quasi-insolvabilité:

a) Définition des personnes auxquelles incombent les obligations;

b) Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte;

c) Détermination du moment, avant le début d'une procédure d'insolvabilité, auquel les obligations prennent naissance;

d) Détermination de la nature des obligations qui incombent aux administrateurs ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées, par exemple:

i) Faute de gestion – cas où un administrateur ou dirigeant aurait dû savoir que l'insolvabilité était inévitable et n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers;

ii) Manquement aux devoirs/faute d'exécution – cas où un administrateur ou dirigeant a détourné ou retenu des biens ou de l'argent de la société ou encore cas dans lequel une faute d'exécution ou un manquement à une obligation

---

[39] Voir note 3, p. 69.

[40] Voir note 5, p. 14 et 15.

fiduciaire ou autre a entraîné le détournement de biens ou une perte pour la société; et

iii) Faute concernant des biens ou de l'argent de la société – cas où un administrateur ou dirigeant est à l'origine d'un traitement préférentiel ou d'une opération à un prix sous-évalué ou autorise un tel traitement ou une telle opération, au détriment des créanciers; et

e) Détermination des voies de recours pouvant être invoquées lorsque de tels actes ou un tel manquement aux obligations des administrateurs sont commis.

D. Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2)

[Original: anglais]

1. À la quarante-troisième session de la Commission (2010), le Secrétariat a présenté une proposition expliquant que les participants aux colloques judiciaires organisés par la CNUDCI en coopération avec INSOL et la Banque mondiale avaient exprimé le souhait que des informations et des orientations soient fournies aux juges sur les questions internationales et, en particulier, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. La Commission a été informée qu'à cette fin, le Secrétariat travaillait à la préparation d'un projet de texte présentant le point de vue des juges concernant l'application et l'interprétation de la Loi type. Elle est convenue que le Secrétariat devrait être chargé d'élaborer ce texte, si ses ressources le lui permettaient, avec la même souplesse qui avait présidé à l'élaboration du Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Ce travail impliquerait de consulter principalement des juges, mais aussi des praticiens et professionnels de l'insolvabilité, de soumettre le texte au Groupe de travail V pour examen à un stade approprié, et de le présenter à la Commission pour finalisation et adoption, si possible en 2011[1].

2. Le texte ci-après, qui expose le point de vue du juge sur la Loi type, a été élaboré, conformément à cette décision, en consultation avec des juges et des experts de l'insolvabilité. L'introduction explique le but du texte et la façon dont les informations qu'il contient ont été structurées.

La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: le point de vue du juge

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
Introduction	1-7
A. Objet et portée	1-4
B. Glossaire	5-7
1. Termes et explications	5
2. Références	6-7
I. Contexte	8-28
A. Portée et application de la Loi type	8-15

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 261.

B. Le point de vue du juge 16-24
C. Objet de la Loi type de la CNUDCI 25-28
II. Interprétation et application de la Loi type 29-55
A. Le principe d'"accès" 29-37
B. Le principe de "reconnaissance" 38-55
1. Observations liminaires 38-39
2. Règles de preuve 40
3. Pouvoir de reconnaissance d'une procédure étrangère 41-45
4. Réciprocité 46
5. L'exception fondée sur l'"ordre public" 47-51
6. Procédures étrangères "principale" et "non principale" 52
7. Réexamen ou annulation de la reconnaissance 53-55

(*Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.1*)

Introduction

A. Objet et portée

1. Le texte ci-après analyse la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale du point de vue du juge. Comme certains des États qui ont introduit la Loi type dans leur droit interne l'ont modifiée de manière à l'adapter aux circonstances locales, il se peut que des approches différentes s'imposent si le juge parvient à la conclusion que la modification ou l'omission de tel ou tel article du texte, tel que promulgué, l'exige. Le présent texte est fondé sur la Loi type telle qu'approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1997 et ne mentionne pas, pas plus qu'il n'exprime de vues à ce sujet, les modifications que certains États y ont apportées.

2. Bien que le texte renvoie à des décisions rendues dans différents pays, celles-ci ne sont pas commentées, sauf à mettre en relief tel ou tel point qu'un autre juge voudra peut-être prendre en considération s'il est saisi d'une affaire semblable. On n'a pas essayé non plus de faire référence à toutes les décisions pertinentes qui affectent les questions d'interprétation soulevées par la Loi type, l'intention étant plutôt de mentionner la jurisprudence exclusivement pour illustrer les raisonnements qui peuvent être suivis pour régler des questions spécifiques. Dans chaque cas, le juge devra statuer sur l'affaire dont il est saisi sur la base du droit interne et notamment des dispositions de la loi d'incorporation de la Loi type.

3. Le texte n'entend aucunement dire au juge comment il doit donner suite aux demandes de reconnaissance et aux demandes d'assistance présentées en vertu de la législation incorporant la Loi type dans le droit interne. Par principe, une telle

approche irait à l'encontre des principes de l'indépendance judiciaire. En outre, du point de vue pratique, il n'est ni possible, ni souhaitable, de suivre une seule et même approche. Une approche souple revêt une importance primordiale dans un domaine où la dynamique économique d'une situation peut soudainement changer du tout au tout. Tout ce que l'on puisse faire, c'est offrir des indications générales sur les questions que le juge voudra peut-être prendre en considération à la lumière des intentions des rédacteurs de la Loi type et de l'expérience acquise par ceux qui y ont eu recours dans la pratique.

4. Le texte est délibérément structuré pour refléter l'ordre dans lequel, conformément à la Loi type, le tribunal de renvoi sera généralement appelé à prendre ses décisions, plutôt qu'un examen article par article.

B. Glossaire

1. Termes et explications

5. Les paragraphes ci-après expliquent le sens et l'emploi de certaines expressions qui reviennent fréquemment dans le présent document. Nombre de ces expressions se retrouvent dans la Loi type de la CNUDCI, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. Ces expressions sont utilisées ici de la même façon que dans les textes en question.

a) CLOUT: Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI. Des résumés des affaires peuvent être consultés dans les six langues de l'Organisation des Nations Unies à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html;

b) "Accord international": Accord verbal ou écrit visant à faciliter la coordination des procédures d'insolvabilité internationale et la coopération entre les tribunaux, entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité et entre les représentants de l'insolvabilité, parfois aussi avec l'intervention d'autres parties intéressées;

c) "État adoptant": État ayant promulgué une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale;

d) "Représentant de l'insolvabilité": Personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité;

e) "Juge": Magistrat ou autre personne habilitée à exercer les pouvoirs d'un tribunal ou autre autorité ayant compétence en vertu de la législation promulguée sur la base de la Loi type;

f) "Tribunal de renvoi": Tribunal de l'État adoptant auquel est présentée une demande de reconnaissance ou un recours.

2. Références

a) Jurisprudence

6. Le texte, et en particulier les notes de bas de page, contiennent des références à des affaires spécifiques qui, d'une manière générale, sont citées dans l'annexe, de sorte que le texte ne contient que des références abrégées; par exemple *Bear Stearns* désigne l'affaire *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd.* (en liquidation provisoire). Les références aux numéros de page ou de paragraphe visent les parties pertinentes de la version de la décision citée dans l'annexe.

b) Textes

7. Le texte contient également des références à plusieurs textes relatifs à l'insolvabilité internationale, dont les suivants:

a) "Loi type de la CNUDCI": Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation (1997);

b) "Guide pour l'incorporation": Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale;

c) "Guide législatif": Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004);

d) "Guide pratique de la CNUDCI": Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009);

e) "Règlement CE": Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité;

f) "Convention européenne": Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité;

g) "Rapport Virgos Schmit": M. Virgos et E. Schmit, Rapport sur la Convention relative aux procédures d'insolvabilité, Bruxelles, 3 mai 1996.

I. Contexte

A. Portée et application de la Loi type

8. En décembre 1997, l'Assemblée générale des Nations Unies a approuvé la Loi type sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) élaborée et adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

9. La Loi type n'a pas pour objet de réglementer les questions de fond relevant du droit interne de l'insolvabilité, mais simplement de proposer des mécanismes de procédure de nature à faciliter le règlement des affaires dans lesquelles un débiteur insolvable a des avoirs ou des dettes dans plus d'un État. Au [...], [...] États avaient promulgué des lois fondées sur la Loi type[2].

---

[2] Afrique du Sud (2000), Australie (2008), Canada (2009), Colombie (2006), Érythrée (1998), États-Unis d'Amérique (2005), Grande-Bretagne (2006), îles Vierges britanniques et territoires

10. La Loi type est censée s'appliquer[3]:

a) Lorsqu'une assistance est demandée dans l'État adoptant par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure étrangère;

b) Lorsqu'une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure spécifique ouverte en vertu de la législation dudit État;

c) Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure ouverte en vertu de la législation de l'État adoptant concernant le même débiteur ont lieu concurremment;

d) Lorsque les créanciers ou d'autres parties intéressées demandent l'ouverture d'une procédure ou demandent à participer à ladite procédure en vertu de la législation de l'État adoptant.

La Loi type suppose qu'un représentant (le représentant étranger) aura été désigné pour administrer les avoirs du débiteur insolvable dans un ou plusieurs États ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère lorsqu'une demande est présentée en vertu de la Loi type[4].

11. Aux termes de la Loi type, l'État adoptant doit indiquer le tribunal ou autre autorité compétente habilités à connaître des questions qui en découlent[5]. Comme certains États désigneront des organes administratifs plutôt que des tribunaux, la définition du "tribunal étranger" englobe non seulement les autorités judiciaires mais aussi les autres autorités compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère[6].

12. La Loi type prévoit qu'elle peut ne pas être applicable à des entités déterminées, telles que des banques ou des compagnies d'assurance, dont la faillite pourrait créer des risques systémiques dans l'État adoptant[7].

13. La Loi type repose sur quatre principes fondamentaux, qui sont les suivants:

a) *Le principe d'"accès"*: Ce principe établit les circonstances dans lesquelles un "représentant étranger"[8] a le droit d'agir pour demander une reconnaissance ou une assistance à un tribunal (le tribunal de renvoi) de l'État adoptant[9];

b) *Le principe de "reconnaissance"*: En vertu de ce principe, le tribunal de renvoi peut rendre une ordonnance reconnaissant la procédure étrangère comme procédure "principale" ou "non principale"[10];

---

d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003), Japon (2000), Maurice (2009), Mexique (2000), Monténégro (2002), Nouvelle-Zélande (2006), Pologne (2003), République de Corée (2006), Roumanie (2003), Serbie (2004) et Slovénie (2007).

3 Loi type de la CNUDCI, art. 1, par. 1.

4 Voir également Loi type de la CNUDCI, art. 5, concernant la compétence de l'État adoptant de spécifier les représentants autorisés à agir devant un tribunal étranger.

5 Loi type de la CNUDCI, art. 4.

6 Ibid., art. 2 e); définition du "tribunal étranger".

7 Ibid., art. 1, par. 2.

8 Tel que défini à l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

9 Loi type de la CNUDCI, art. 9.

10 Ibid., art. 17.

c) *Le principe de "protection"*: Ce principe se réfère à trois situations distinctes. Lorsqu'une demande de reconnaissance est en instance, des mesures conservatoires peuvent être ordonnées pour protéger les avoirs se trouvant sous la juridiction du tribunal de renvoi[11]. Si une procédure est reconnue comme procédure "principale", les mesures conservatoires sont automatiques[12]. D'autres mesures de protection sont disponibles en ce qui concerne une procédure "principale" et des mesures conservatoires semblables peuvent être prescrites dans une procédure considérée comme "non principale"[13];

d) *Le principe de "coopération" et de "coordination"*: Selon ce principe, aussi bien les tribunaux que les représentants de l'insolvabilité des États intéressés ont l'obligation de communiquer et de coopérer afin de veiller à ce que la masse d'insolvabilité du débiteur soit administrée efficacement et équitablement afin d'en maximiser la valeur pour les créanciers[14].

14. Ces principes sont conçus de manière à promouvoir la réalisation des objectifs suivants[15]:

a) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

b) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

c) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur en vue d'une distribution aux créanciers sous forme de redressement ou de liquidation;

d) Permettre aux tribunaux et aux autorités compétentes de communiquer et de coopérer au règlement de procédures d'insolvabilité dans plusieurs États;

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

15. En décembre 2009, l'Assemblée générale a approuvé le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[16], qui discute, en se référant à des affaires concrètes, des différents moyens de resserrer la coopération entre les représentants de l'insolvabilité, les tribunaux ou les autres organes compétents afin que les avoirs d'un débiteur insolvable qui a des biens ou des créanciers dans plus d'un pays soient administrés équitablement et efficacement. Selon le droit interne applicable et l'objet de l'accord international dont il s'agit, il peut arriver qu'un tribunal (ou une autre autorité compétente) doive approuver l'accord. Le Guide pratique contient des exemples d'accords internationaux sur l'insolvabilité utilisés pour faciliter cette coopération[17].

---

[11] Ibid., art. 19.
[12] Ibid., art. 20.
[13] Ibid., art. 21.
[14] Ibid., art. 25, 26, 27, 29 et 30.
[15] Préambule de la Loi type de la CNUDCI; voir également le Guide pour l'incorporation, par. 3.
[16] Le texte peut être consulté à l'adresse www.uncitral.org, sous la rubrique "Textes de la CNUDCI, état et ratification".
[17] Voir, d'une façon générale, le chapitre III du Guide pratique et les résumés d'affaires figurant à l'annexe I.

B. Le point de vue du juge[18]

16. La Loi type de la CNUDCI met en relief la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, compte tenu de son origine internationale[19], mais le droit interne de la plupart des États stipulera habituellement qu'elle doit être interprétée conformément à la législation nationale, à moins que l'État adoptant n'ait suivi l'approche "internationale" dans sa propre législation[20]. Même ainsi, tout tribunal appelé à porter une appréciation sur une loi fondée sur la Loi type pourra utilement se référer à la jurisprudence internationale pour l'interpréter.

17. Inévitablement, le juge n'aborde pas sa tâche sous le même angle que les représentants de l'insolvabilité. Son obligation est de statuer de façon impartiale sur les questions soulevées par une partie, sur la base des informations, c'est-à-dire des preuves, qui lui sont produites. Son obligation est d'agir judiciairement, ce qui signifie que toutes les parties intéressées doivent, en l'absence de circonstances exceptionnelles, se voir donner l'occasion d'être entendues sur tous les points pouvant affecter à des égards importants la décision qui sera rendue en définitive afin d'assurer qu'il est suivi une procédure régulière. Dans certains États, les personnes qui agissent au nom des autorités administratives compétentes[21] peuvent ne pas être soumises à de telles contraintes. Si, dans certains États, le droit interne peut faire au juge l'obligation de s'assurer de façon indépendante que l'ordonnance demandée doit effectivement être rendue, il se peut que la législation nationale d'autres États prévoie que le tribunal doive simplement donner effet aux souhaits des parties.

18. La façon dont les juges appartenant à des systèmes juridiques différents conçoivent leurs tâches respectives peut entraîner certaines différences dans l'approche suivie en ce qui concerne l'interprétation des dispositions originelles ou adaptées de la Loi type. Bien que toute généralisation soit difficile, le fait que la codification du droit soit plus poussée dans certains pays pourra conduire à centrer davantage l'attention sur le texte de la Loi type que ce ne serait le cas dans d'autres pays où la codification du droit n'est pas aussi poussée ou dans lesquels les tribunaux supérieurs ont fréquemment la compétence inhérente de statuer sur des points de droit d'une façon qui ne soit contraire à aucune loi ou à aucun règlement[22] ou sont habilités à développer des aspects particuliers du droit pour lesquels il n'existe pas de règle codifiée[23].

---

18 Voir, dans le glossaire, la définition générale du terme "juge".

19 Dans les États qui ont adopté telle quelle la Loi type, ses dispositions doivent être interprétées compte tenu "de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi": Loi type de la CNUDCI, art. 8.

20 En fait, la Loi type de la CNUDCI stipule qu'en cas de conflit entre elle et les dispositions de tout traité ou accord pertinent auxquels est partie l'État adoptant, les dispositions du traité prévalent: art. 3.

21 C'est-à-dire les autorités relevant de la définition du "tribunal étranger", Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

22 Pour une discussion de la compétence inhérente, voir Master Jacob in *The Inherent Jurisdiction of the Court* (1970) Current Legal Problems 23.

23 Un exemple est le développement du droit fondé sur l'*equity* et la faute dans les systèmes de *common law*.

19. Ces différentes approches peuvent affecter la mesure dans laquelle le tribunal de renvoi se montrera enclin à appliquer le principe de coopération entre les tribunaux et de coordination des procédures concurrentes prévu dans la Loi type[24]. Si les dispositions de la Loi type relatives à la coopération et à la coordination ont été incorporées au droit interne de l'État adoptant, il existera une indication codifiée des mesures pouvant être adoptées à cet égard.

20. Si ces dispositions sont expressément adoptées[25], des doutes pourront subsister sur le point de savoir si, en droit interne, un tribunal est habilité à dialoguer avec un tribunal étranger ou à approuver un accord international conclu par des représentants de l'insolvabilité de pays différents et d'autres pays intéressés. La mesure dans laquelle le tribunal sera habilité à le faire dépendra d'autres dispositions pertinentes du droit interne. D'un autre côté, les tribunaux investis d'une compétence inhérente jouiront généralement d'une plus grande marge de manœuvre s'agissant de déterminer les mesures qui peuvent être adoptées en coopération entre différents tribunaux pour donner effet au principe de coopération et de coordination à laquelle la Loi type attache de l'importance.

21. La régularité de la procédure est un concept bien compris dans tous les pays, quel que soit leur système juridique. Elle exige, au minimum, un processus transparent, la notification aux parties de toutes communications pouvant être échangées entre les tribunaux compétents et la possibilité pour les parties d'être entendues sur les questions qui se posent, soit personnellement, soit par le biais de déclarations écrites. Quel que soit le système juridique, des garanties doivent être mises en place pour qu'une procédure régulière soit effectivement suivie[26]. Ces principes revêtent encore plus d'importance dans le contexte de communications de tribunal à tribunal.

22. À la différence d'un représentant de l'insolvabilité directement impliqué dans l'administration de la masse d'insolvabilité, il est peu probable que le juge ait connaissance des questions soulevées dans la requête introductive d'instance, même si les affaires d'insolvabilité, faisant intervenir des questions complexes et de vastes sommes d'argent, sont fréquemment urgentes[27]. Le juge qui n'a pas l'expérience de ce type de procédure pourra avoir besoin de l'assistance du représentant étranger[28], généralement par l'entremise de son conseil. Cette assistance pourra revêtir la forme d'informations et de mémoires succincts mais détaillés.

23. D'un point de vue institutionnel, il faut que le juge ait suffisamment de temps pour prendre connaissance des informations qui lui sont fournies et les assimiler avant de convoquer une audience, le délai requis en l'occurrence dépendant de l'urgence de l'affaire, de l'ampleur et de la complexité de l'administration de la masse d'insolvabilité, du nombre d'États en cause, des conséquences

---

24 Loi type de la CNUDCI, art. 25, 26, 27, 29 et 30. Voir également les paragraphes 163 à 185 ci-dessous.

25 Par exemple, dans les affaires entre États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark), le Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, aux termes duquel les représentants de l'insolvabilité des divers pays sont tenus de coopérer, ne contient aucune référence à la coopération entre les tribunaux.

26 Voir également les paragraphes 152 à 185 ci-dessous.

27 Le paragraphe 3 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI met en relief la nécessité pour le juge de statuer rapidement sur les demandes de reconnaissance.

28 Tel que défini dans l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.

macroéconomiques des décisions pouvant être adoptées et des éléments intéressant l'ordre public.

24. Lors du colloque judiciaire tenu à Vancouver en juin 2009[29], plus de 80 juges d'une quarantaine de pays ont exprimé l'opinion qu'il faudrait envisager de fournir une assistance aux juges (sous réserve de la nécessité essentielle de préserver l'indépendance judiciaire et l'intégrité du système judiciaire de l'État dont il s'agit) sur la façon d'aborder les questions découlant de la Loi type. Le présent texte a précisément pour but de fournir le type d'assistance demandée par les juges participant au colloque de Vancouver. Sa version finale a été élaborée à la suite de [...].

C. Objet de la Loi type de la CNUDCI

25. La Loi type de la CNUDCI reflète la pratique suivie en ce qui concerne les aspects internationaux des systèmes modernes et efficaces d'insolvabilité. Les États adoptants sont encouragés à utiliser la Loi type pour compléter et améliorer des régimes nationaux d'insolvabilité et de pouvoir ainsi régler plus aisément les problèmes qui peuvent surgir dans le contexte d'affaires d'insolvabilité internationale.

26. Comme indiqué ci-dessus, la Loi type respecte les différences qui caractérisent les législations nationales de procédure et n'entend pas uniformiser les dispositions positives du droit de l'insolvabilité. Elle offre des solutions qui peuvent contribuer de façon modeste mais significative à résoudre les problèmes qui se posent, notamment en:

a) Garantissant aux représentants étrangers le droit d'accès aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui leur permet d'obtenir un "répit" temporaire, tout en permettant au tribunal de renvoi de déterminer quelle est la coordination qui doit être établie entre les pays intéressés ou quelles mesures doivent être adoptées pour régler l'affaire au mieux;

b) Déterminant les circonstances dans lesquelles une procédure d'insolvabilité étrangère doit être "reconnue" et quelles peuvent être les conséquences de la reconnaissance;

c) Assurant un régime transparent pour que les créanciers étrangers puissent exercer leur droit d'intenter une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant ou d'y participer;

d) Permettant aux tribunaux de l'État adoptant de coopérer efficacement avec des tribunaux et des représentants impliqués dans une procédure d'insolvabilité étrangère;

e) Autorisant les tribunaux de l'État adoptant et les personnes qui administrent une procédure d'insolvabilité dans cet État à solliciter une assistance à l'étranger;

---

[29] Huitième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale, Vancouver 20 et 21 juin 2009. Pour le rapport du Colloque, voir: http://www.uncitral.org/pdf/English/news/eighthJC.pdf.

f) Établissant les règles à suivre en matière de coordination lorsque des procédures d'insolvabilité se poursuivent concurremment dans l'État adoptant et dans un autre État;

g) Établissant les règles de coordination à suivre en ce qui concerne les mesures disponibles dans l'État adoptant dans le cas de deux ou plusieurs procédures d'insolvabilité mettant en cause le même débiteur dans plusieurs États.

27. Le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI (le Guide pour l'incorporation) met en relief toute l'importance que revêt la coopération dans le contexte de l'insolvabilité internationale si l'on veut que les procédures d'insolvabilité soient menées efficacement et débouchent sur le résultat optimal. L'un des principaux éléments de la coopération aussi bien entre les tribunaux saisis des différentes procédures qu'entre ceux-ci et les représentants de l'insolvabilité menée dans le contexte des différentes procédures[30] sera généralement l'encouragement de la communication entre les représentants de l'insolvabilité et/ou les autres autorités administrantes des États intéressés[31]. La Loi type, si elle autorise la coopération internationale et la communication entre les tribunaux, ne spécifie pas quelle forme devront revêtir cette coopération et cette communication, laissant à chaque pays le soin de déterminer cette question par application de son propre droit ou de ses propres pratiques internes. Elle n'en suggère pas moins plusieurs des modalités que peut revêtir la coopération[32].

28. La possibilité pour les tribunaux, avec la participation appropriée des parties, de communiquer "directement" avec les tribunaux ou représentants étrangers et de leur demander "directement" des informations et une assistance est censée leur éviter la nécessité d'avoir recours aux procédures traditionnelles, peu rapides, comme les commissions rogatoires. Comme les procédures d'insolvabilité sont invariablement chaotiques et comme la valeur de la masse s'évapore rapidement avec le temps, cette possibilité revêt une importance critique lorsqu'un tribunal doit agir d'urgence.

II. Interprétation et application de la Loi type

A. Le principe d'"accès"

29. La Loi type de la CNUDCI envisage la situation dans laquelle une procédure est ouverte à la suite d'une demande introduite devant le tribunal de renvoi par un représentant de l'insolvabilité d'un débiteur nommé dans un autre État, à savoir le "représentant étranger". La demande peut tendre à:

a) Ouvrir une procédure conformément à la législation de l'État adoptant[33];

b) Permettre au représentant étranger de participer à une procédure en cours dans cet État[34];

---

30 Loi type de la CNUDCI, art. 25 et 26.

31 Par exemple, voir, dans le Guide pratique de la CNUDCI, la discussion concernant l'utilisation d'accords internationaux.

32 Loi type de la CNUDCI, art. 27.

33 Ibid., art. 11 et Guide pour l'incorporation, par. 97 à 99.

c) Obtenir la reconnaissance du statut de représentant étranger afin de solliciter l'adoption de mesures de protection conformément à la Loi type[35];

d) Dans la mesure où le droit interne l'autorise, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie[36].

30. L'article 2 de la Loi type de la CNUDCI définit les expressions "procédure étrangère" et "représentant étranger".

31. La définition du "représentant étranger" et celle de la "procédure étrangère" sont liées. Pour relever de la définition du "représentant étranger", une personne doit administrer "une procédure collective judiciaire ou administrative, ... régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation", ou agir en qualité de représentant de la procédure étrangère[37]. Un "représentant étranger" est autorisé de plein droit à saisir directement le tribunal[38].

32. L'on pourrait, dans certaines circonstances, dire qu'une entité déterminée administrée par un "représentant étranger" n'est pas un "débiteur" aux fins du droit interne devant être appliqué par le tribunal de renvoi[39]. Une question de cette nature a surgi dans l'affaire *Rubin* c. *Eurofinance*. Dans cette affaire, un tribunal des États-Unis avait nommé des séquestres et des syndics concernant un débiteur appelé "The Consumers Trust". Une fiducie de cette nature n'était pas considérée comme une personne morale par le droit anglais mais l'était aux États-Unis en tant que "fiducie commerciale". Un tribunal anglais ayant été saisi d'une demande de reconnaissance, il a été soutenu que cette fiducie n'était pas un "débiteur" au regard du droit anglais. Le juge a rejeté cet argument, considérant qu'eu égard à l'origine internationale de la Loi type de la CNUDCI, une "interprétation de clocher" du terme "débiteur" irait à l'encontre de l'esprit de la loi[40]. Le juge a soulevé une question distincte, qui était de savoir si les dispositions de la Loi type touchant les mesures disponibles pouvaient s'appliquer dans le cas d'un débiteur non reconnu en tant que tel par le droit anglais, mais a déterminé qu'en l'espèce, il n'était pas nécessaire de régler cette question[41]. En deuxième instance, la cour d'appel a confirmé cette conclusion pour ce qui était de la nature du requérant[42].

33. La question de savoir si le "représentant étranger" est autorisé à agir comme représentant de la liquidation ou du redressement d'un débiteur doit être tranchée par la législation applicable de l'État dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité[43]. Dans certains cas, il peut être bon d'avoir l'avis d'experts au sujet du droit applicable afin de déterminer si la procédure dont il s'agit relève des

---

34 Ibid., art. 12 et par. 100 à 102.
35 Ibid., art. 15 et par. 112 à 121.
36 Ibid., art. 24 et par. 168 à 172.
37 Loi type de la CNUDCI, art. 2 a). La définition de l'expression "tribunal étranger" est discutée au paragraphe 11 ci-dessus.
38 Ibid., art. 9.
39 Le terme "débiteur" n'est pas défini dans la Loi type.
40 *Rubin* c. *Eurofinance*, par. 39 et 40.
41 Ibid., par. 41.
42 *Rubin* c. *Eurofinance* (en appel), [...].
43 Loi type de la CNUDCI, art. 5.

définitions. Dans d'autres cas, lorsque le tribunal de renvoi est familiarisé avec la procédure dont il s'agit, des avis d'experts peuvent ne pas être nécessaires. Lorsqu'il ressort de la décision de nomination du représentant étranger que cette personne satisfait à la définition figurant à l'alinéa d) de l'article 2, le tribunal peut faire fond sur la présomption établie par l'article 16 de la Loi type.

34. Dans l'affaire *Stanford International Bank*, le tribunal anglais de première instance a été d'avis qu'un syndic nommé aux États-Unis ne serait pas un "représentant étranger" au sens de la définition de la Loi type car il n'avait pas été autorisé, à ce stade, à administrer la liquidation ou le redressement de la société du débiteur[44]. Cette observation a été faite dans le contexte d'une administration dont il a en définitive été déterminé qu'elle ne constituait pas une procédure collective au sens de la législation relative à l'insolvabilité.

35. Selon la Loi type de la CNUDCI, un "représentant étranger" peut être une personne désignée "à titre provisoire" mais non une personne qui n'a pas encore été nommée, par exemple s'il est sursis, en attendant la décision rendue en appel, à l'exécution d'une ordonnance désignant le représentant de l'insolvabilité[45]. Une approche, pour déterminer si un "représentant étranger" est habilité à agir, consiste à déterminer si les critères de la définition de la "procédure étrangère" sont réunis avant de décider si le requérant a été autorisé[46] à administrer un redressement ou une liquidation des avoirs ou des affaires du débiteur ou à agir en qualité de représentant de la procédure étrangère.

36. Selon cette approche, le juge devrait s'assurer:

a) Que la "procédure étrangère" dont la reconnaissance est demandée est une procédure judiciaire ou administrative (provisoire ou définitive) dans un État étranger;

b) Que la procédure a un caractère "collectif"[47];

c) Que la procédure judiciaire ou administrative découle d'une loi relative à l'insolvabilité dans laquelle les avoirs et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal étranger à des fins de redressement ou de liquidation;

d) Que le contrôle ou la supervision est assuré par un "tribunal étranger", c'est-à-dire par une "autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère"[48]; et

e) Que le requérant a été autorisé dans une procédure étrangère "à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère".

37. Il est fréquemment essentiel, si l'on veut protéger efficacement les avoirs du débiteur pour éviter qu'ils ne soient dissipés ou dissimulés, que le représentant étranger puisse demander immédiatement la reconnaissance, ce qui lui permettra de

---

[44] *Stanford International Bank*, par. 85.
[45] Voir la définition du "représentant étranger" à l'article 2 d) de la Loi type de la CNUDCI.
[46] Aux fins de la Loi type, art. 2 d).
[47] Voir ci-dessous, par. 66 à 70.
[48] Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

solliciter l'adoption de mesures conservatoires[49]. Aussi le tribunal de renvoi est-il tenu de prendre une décision au sujet de la demande de reconnaissance "le plus tôt possible"[50]. L'expression "le plus tôt possible" est jusqu'à un certain point élastique. Certaines affaires peuvent être si simples que la procédure de reconnaissance peut être menée à bien en quelques jours seulement. Dans d'autres cas, surtout si la reconnaissance est contestée, "le plus tôt possible" peut supposer plusieurs mois. Des mesures intérimaires peuvent être prononcées si besoin est pendant que la demande de reconnaissance est en instance[51].

B. Le principe de "reconnaissance"

1. Observations liminaires

38. Le principe de "reconnaissance" a pour objet d'éviter de longues procédures en assurant un règlement rapide de la demande de reconnaissance. Cela accroît la certitude du processus et permet au tribunal de renvoi, une fois la reconnaissance accordée, de statuer opportunément sur les mesures conservatoires à adopter.

39. L'on trouvera ci-après un exposé général du principe de reconnaissance; une discussion plus détaillée de ses éléments constitutifs figure ci-dessous aux paragraphes 56 à 114.

2. Règles de preuve

40. Pour obtenir la reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger doit présenter une demande conformément à la Loi type de la CNUDCI. L'article 15 de la Loi type détermine les conditions auxquelles doit répondre cette demande. Pour déterminer si une procédure étrangère doit être reconnue, le tribunal de renvoi doit seulement se référer aux préalables visés dans la définition pour établir sa compétence[52]. Il n'appartient pas au tribunal de renvoi de s'interroger sur le point de savoir si la procédure étrangère a été ouverte régulièrement conformément au droit applicable.

3. Pouvoir de reconnaissance d'une procédure étrangère

41. Le pouvoir du tribunal de renvoi de reconnaître une procédure étrangère découle de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI.

42. Pour faciliter la reconnaissance, l'article 16 crée un certain nombre de présomptions concernant l'authenticité des documents et le contenu de l'ordonnance par laquelle a été ouverte la procédure étrangère et a été nommé le représentant étranger.

43. Pendant que la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère est en instance, le représentant étranger continue d'être tenu par certaines obligations en matière de divulgation de l'information. Il doit sans tarder informer le tribunal de

---

[49] Ibid., voir en particulier les articles 20, 21, 23 et 24. Pour ce qui est des mesures intérimaires disponibles pendant que la demande de reconnaissance est en instance, voir art. 19.

[50] Ibid., art. 17, par. 3.

[51] Voir ci-dessous, par. 120 et suivants.

[52] Loi type de la CNUDCI, art. 2 a).

renvoi s'il intervient un quelconque changement substantiel en ce qui concerne l'état de la procédure étrangère reconnue ou sa nomination ainsi que de l'ouverture de toute autre procédure étrangère concernant le même débiteur dont il a connaissance[53].

44. Le paragraphe 2 de l'article 17 détermine quel doit être le statut de la procédure étrangère aux fins de sa reconnaissance. Cet article dispose que la procédure peut être reconnue comme étant soit une "procédure étrangère principale"[54] soit une "procédure étrangère non principale"[55]. Dans le premier cas, il s'agit d'une procédure étrangère qui a eu lieu "dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux", tandis que, dans le second, il s'agit d'une procédure étrangère ouverte dans un État où le débiteur "a un établissement". Le terme "établissement" désigne "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"[56]. Il en découle implicitement que la Loi type de la CNUDCI n'envisage pas de reconnaissance pour d'autres types de procédures d'insolvabilité, par exemple des procédures ouvertes dans un État où le débiteur a seulement des biens[57].

45. L'affaire *Bear Stearns*[58] est un exemple d'affaire dans laquelle une "procédure étrangère" a été considérée comme n'étant ni une "procédure étrangère principale", ni une "procédure étrangère non principale". Aussi bien le tribunal de première instance que la cour d'appel ont considéré qu'une liquidation provisoire entreprise dans les îles Caïmanes n'était ni l'une ni l'autre car il ne ressortait pas du dossier que le débiteur soit avait son principal établissement aux îles Caïmanes, soit y menait de façon non transitoire une activité économique.

4. Réciprocité

46. La Loi type de la CNUDCI ne contient aucune règle de réciprocité et n'envisage pas la possibilité que la reconnaissance d'une procédure étrangère soit refusée uniquement pour le motif qu'un tribunal de l'État où la procédure étrangère a été ouverte n'accorderait pas la reconnaissance demandée par un représentant de l'insolvabilité de l'État adoptant. Le juge doit néanmoins être conscient du fait que certains États, lorsqu'ils ont incorporé la Loi type à leur droit interne, y ont inclus des dispositions relatives à la réciprocité en matière de reconnaissance[59].

5. L'exception fondée sur l'"ordre public"

47. Le tribunal de renvoi est autorisé à refuser la reconnaissance d'une procédure étrangère si cela serait "manifestement contraire" à l'ordre public de l'État sur le territoire duquel il se trouve. La notion d'"ordre public" est définie en droit interne

---

53 Ibid., art. 18.
54 Ibid., voir la définition à l'article 2 b).
55 Ibid., voir la définition à l'article 2 c).
56 Ibid., voir la définition à l'article 2 f).
57 Voir le Guide pour l'incorporation, par. 73 et 128.
58 Des citations complètes des décisions rendues dans les affaires mentionnées dans le texte figurent dans l'annexe.
59 Par exemple, Afrique du Sud, Mexique, Roumanie.

et peut varier d'un pays à l'autre. Aussi la Loi type ne comporte-t-elle aucune définition uniforme de l'"ordre public".

48. Dans certains États, l'expression "ordre public" peut être interprétée largement, en ce sens qu'elle englobe, en principe, toute règle impérative de droit interne. Dans de nombreux États, l'exception liée à l'ordre public est interprétée comme englobant uniquement les principes fondamentaux du droit, et en particulier les garanties constitutionnelles. Dans ces États, l'ordre public ne serait invoqué que pour refuser d'appliquer une loi étrangère ou de reconnaître une décision judiciaire ou une sentence arbitrale étrangère si cela irait à l'encontre de ces principes fondamentaux.

49. Il importe, pour déterminer l'applicabilité de l'exception fondée sur l'ordre public dans le contexte de la Loi type de la CNUDCI, d'établir une distinction entre la notion d'ordre public telle qu'elle s'applique aux affaires nationales, et le concept d'ordre public tel qu'il est utilisé dans les domaines de la coopération internationale et de la reconnaissance des effets de lois étrangères. C'est en particulier dans cette dernière situation que l'ordre public est interprété de façon plus restrictive que dans le domaine interne. Cette dichotomie reflète la réalité de la coopération internationale, qui serait indument entravée si l'"ordre public" était interprété largement dans ce contexte.

50. Le but de l'adverbe "manifestement" utilisé dans nombre de textes juridiques internationaux pour qualifier l'expression "ordre public" est de souligner que les exceptions fondées sur l'ordre public doivent être interprétées restrictivement et que de telles exceptions sont censées n'être invoquées que dans des circonstances exceptionnelles faisant intervenir des questions d'importance fondamentale pour l'État adoptant[60].

51. Indépendamment de l'exception fondée sur l'ordre public, le tribunal de renvoi n'est pas habilité à porter une appréciation sur le bien-fondé de la décision rendue par le tribunal étranger qui a ouvert la procédure ou en est le représentant étranger.

6. Procédures étrangères "principale" et "non principale"

52. Une "procédure étrangère" peut seulement être reconnue comme étant "principale" ou "non principale". La distinction essentielle entre ces deux types de procédure affecte les mesures qui peuvent être adoptées à la suite d'une reconnaissance. La reconnaissance d'une procédure "principale" entraîne automatiquement la suspension des actions individuelles des créanciers et des mesures d'exécution contre les biens du débiteur[61] et un "gel" de ces biens[62], sous réserve de certaines exceptions[63].

7. Réexamen ou annulation de la reconnaissance

53. Dans quelques circonstances, le tribunal de renvoi peut revoir une décision de reconnaissance d'une procédure étrangère "principale" ou "non principale". S'il est

---

[60] Par exemple, voir ci-dessous, par. 110.

[61] Loi type de la CNUDCI, art. 20, par. 1 a) et b).

[62] Ibid., art. 20, par. 1 c).

[63] Ibid., art. 20, par. 2. La reconnaissance d'une procédure étrangère "principale" et "non principale" est discutée plus en détail aux paragraphes 75 à 114 ci-dessous.

établi que “les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu’ils avaient cessé d’exister”, le tribunal de renvoi peut revenir sur son ordonnance de reconnaissance[64].

54. Les circonstances dans lesquelles le réexamen ou l’annulation de la reconnaissance pourrait s’imposer sont par exemple les suivantes:

a) Si la procédure étrangère reconnue a cessé;

b) Si l’ordonnance ouvrant la procédure étrangère d’insolvabilité a été annulée en appel dans l’État en question;

c) Si la nature de la procédure étrangère reconnue a changé, peut-être du fait de la transformation d’une procédure de redressement en procédure de liquidation;

d) S’il est apparu des faits nouveaux qui exigent ou justifient une modification de la décision du tribunal, par exemple si un représentant étranger a violé les conditions auxquelles étaient subordonnées les mesures conservatoires prescrites[65].

55. Une décision de reconnaissance peut également faire l’objet d’un appel ou d’un réexamen conformément à la législation nationale applicable. Certaines procédures d’appel régies par les lois nationales donnent à la cour d’appel la faculté de revoir intégralement l’affaire quant au fond, y compris pour ce qui est des aspects factuels. Les procédures d’appel d’un État adoptant ne sont pas affectées par les dispositions de la Loi type de la CNUDCI.

---

[64] Ibid., art. 17, par. 4.

[65] Voir Guide pour l’incorporation, par. 129 à 131.

A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.1 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Interprétation et application de la Loi type (*suite*) 56-114

C. Le processus de reconnaissance 56-114

1. Observations liminaires 56-65

2. Procédure judiciaire ou administrative collective 66-70

3. Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un "tribunal étranger" 71-74

4. La procédure "principale": centre des intérêts principaux 75-110

5. La procédure non principale – l'"établissement" 111-114

(Suite dans le document A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.2)

II. Interprétation et application de la Loi type (*suite*)

C. Le processus de reconnaissance

1. Observations liminaires

56. Pour que la procédure soit reconnue comme "procédure étrangère", le représentant étranger doit convaincre le tribunal de renvoi que la procédure dont il s'agit[1]:

a) Est une procédure collective judiciaire ou administrative (provisoire ou finale) ouverte dans un État étranger;

b) Est régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger et dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger;

c) A pour but un redressement ou une liquidation.

57. Lorsque l'on décompose les éléments de la définition de la procédure étrangère, des questions surgissent quant à la signification des termes "procédure

[1] Loi type de la CNUDCI, art. 2 a), définition de la "procédure étrangère".

collective judiciaire ou administrative", à la nature de la "loi relative à l'insolvabilité" et au "contrôle" ou à la "surveillance" exercés par un tribunal étranger. Ces concepts sont liés à la compétence juridictionnelle et, logiquement, il faut les déterminer avant de pouvoir décider si la "procédure étrangère" est une procédure "principale" ou "non principale"[2].

58. Si le tribunal de renvoi considère qu'il se trouve en présence d'une "procédure étrangère", il portera son attention sur le statut de cette procédure. Les expressions "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale" sont définies à l'article 2.

59. La question centrale, pour déterminer si une procédure étrangère (concernant un débiteur ayant le statut de personne morale) doit être considérée comme "principale", est de savoir si elle a lieu "dans un État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux"[3]. Dans le cas d'une personne physique, le "centre de ses intérêts principaux" est réputé être sa "résidence habituelle"[4].

60. Pour démontrer l'existence d'une "procédure non principale", la preuve à apporter est moins rigoureuse: le débiteur doit avoir "un établissement" dans l'État où a lieu la procédure étrangère. Le terme "établissement" est défini comme étant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"[5]. L'expression "non transitoire" peut désigner soit la durée de l'activité économique dont il s'agit, soit le lieu où cette activité est exercée.

61. Comme indiqué ci-dessus[6], la décision de reconnaître la procédure étrangère comme étant "principale" ou "non principale" a d'importantes ramifications. La reconnaissance d'une procédure étrangère comme procédure "principale" entraîne automatiquement des mesures de protection sous forme de sursis aux différentes mesures d'exécution qui pourraient autrement être adoptées dans le ressort du tribunal de renvoi[7]. D'un autre côté, les mesures de protection que peut ordonner le tribunal dans le cas d'une procédure "non principale" sont discrétionnaires[8].

62. Du point de vue de la preuve, le tribunal de renvoi peut:

a) Présumer que la décision ou le certificat du type visé au paragraphe 2 de l'article 15 est authentique[9];

b) Présumer que tous les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été "légalisés"[10];

---

[2] Ibid., art. 17, par. 2, qui souligne la nécessité de déterminer le statut de la procédure étrangère que le tribunal de renvoi est appelé à reconnaître.

[3] Voir la discussion aux paragraphes 75 à 110 ci-dessous.

[4] Loi type de la CNUDCI, art. 16, par. 3, dans le contexte d'une présomption concernant le "centre des intérêts principaux" des personnes aussi bien morales que physiques. Voir les paragraphes 58 et 81 à 104 ci-dessous. Pour une discussion de l'expression "résidence habituelle" dans ce contexte, voir *Stojevic* [2007] BPIR 141, par. 56 et 57.

[5] Loi type de la CNUDCI, art. 2 f), et discussion figurant aux paragraphes 111 à 114 ci-dessous.

[6] Voir par. 52.

[7] Loi type de la CNUDCI, art. 20. Voir également les paragraphes 126 à 133 ci-dessous.

[8] Ibid., art. 21. Voir également les paragraphes 134 à 151 ci-dessous.

[9] Ibid., art. 16, par. 1.

[10] Ibid., art. 16, par. 2.

c) "Sauf preuve contraire", présumer que "le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur" est le centre de ses intérêts principaux[11].

63. D'ordinaire, la question de savoir si une "procédure étrangère" répond aux conditions que doit réunir une procédure "principale" devrait être tranchée sur la base d'avis d'experts concernant les dispositions pertinentes du droit interne de l'État dans lequel la procédure a été ouverte. Pour déterminer s'il existe un "établissement" (pour démontrer l'existence d'une procédure non principale), il suffit de se référer aux faits. Selon la législation nationale applicable, le tribunal de renvoi pourra, en l'absence d'avis d'experts, faire fond sur le texte des lois pertinentes et avoir recours à d'autres méthodes d'interprétation pour déterminer le statut de la procédure d'insolvabilité dont il s'agit[12].

64. La jurisprudence concernant la signification des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale" porte fréquemment sur des sociétés appartenant à des groupes de sociétés. La Loi type de la CNUDCI vise des entités individuelles et non une structure de groupe[13]. La Loi type vise chaque membre de groupe d'entreprise en tant que personne morale distincte.

65. Jusqu'à preuve du contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale fait foi, aux fins de l'ouverture d'une procédure conformément à la législation de l'État l'ayant reconnue, de l'insolvabilité du débiteur[14].

2. Procédure judiciaire ou administrative collective

66. La Loi type de la CNUDCI est censée s'appliquer dans les types spécifiques de régimes d'insolvabilité. La notion de procédure "collective" d'insolvabilité est fondée sur la capacité d'un seul représentant de l'insolvabilité de contrôler la réalisation des biens du débiteur aux fins d'une répartition au prorata entre tous les créanciers (sous réserve des grandes priorités établies par la législation nationale), par opposition à une procédure visant à aider un créancier déterminé à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues ou à un processus pour régler la situation d'insolvabilité du débiteur plutôt que d'administrer les biens concrets dont il dispose.

67. Sur la base des paramètres posés dans la définition de la "procédure étrangère", plusieurs types de procédure collective peuvent être reconnus. Certaines peuvent être obligatoires, d'autres volontaires, et certaines porter sur la liquidation des biens du débiteur et d'autres sur le redressement de ses affaires. La Loi type a également été conçue de manière à s'appliquer aux cas dans lesquels un débiteur

---

[11] Ibid., art. 16, par. 3.

[12] Un exemple de cette approche se trouve dans l'affaire *Betcorp*, dans laquelle le Tribunal des faillites des États-Unis s'est référé aux mémoires explicatifs joints au projet de loi afin d'aider le Parlement à comprendre l'objet et la structure du texte à l'examen. Le tribunal peut se référer à de tels mémorandums pour dissiper plus facilement des ambiguïtés, mais il n'est pas tenu de le faire.

[13] Voir également *Eurofood*, par. 37.

[14] Loi type de la CNUDCI, art. 31.

(personne morale ou physique) conserve un certain contrôle sur ses avoirs, même si c'est sous la surveillance d'un tribunal ou d'une autre entité compétente[15].

68. Le juge pourra être appelé à déterminer s'il existe une procédure "collective" d'insolvabilité faisant entrer en jeu la Loi type. Il peut être utile, à cet égard, de se référer à la jurisprudence.

69. Dans l'affaire *Betcorp*, un tribunal des États-Unis a considéré qu'une liquidation volontaire entamée en application de la législation australienne était une procédure administrative relevant de la Loi type. Comme la liquidation volontaire avait pour but de réaliser les actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers, elle a considéré que la procédure était effectivement "collective", comme requis par la Loi type[16]. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a déterminé qu'une mise sous séquestre entreprise conformément à la législation israélienne n'était pas une procédure d'insolvabilité ni une procédure collective en ce sens que le séquestre n'était pas tenu de prendre en considération les droits et les obligations de tous les créanciers et avait été mené essentiellement pour permettre à une certaine partie de recouvrer ses créances[17]. Dans l'affaire *British American Insurance*, le tribunal a souscrit à l'avis exprimé par les tribunaux dans les affaires *Betcorp* et *Gold & Honey* pour ce qui était de la signification de l'expression "collective", relevant qu'une telle procédure supposait à la fois la prise en considération et, en définitive, le règlement des créances de divers types de créanciers ainsi que la possibilité que les créanciers participent à la procédure étrangère[18].

70. Dans une autre affaire, l'affaire *Stanford International Bank*, un tribunal anglais a considéré qu'une ordonnance de mise sous séquestre rendue par un tribunal des États-Unis n'équivalait pas à une procédure collective régie par une loi sur l'insolvabilité. Le tribunal de renvoi a considéré que cette ordonnance avait été rendue après que la Commission des valeurs mobilières des États-Unis fut intervenue mais pour "empêcher la poursuite d'une opération frauduleuse de grande envergure". L'ordonnance avait pour objet d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé aux investisseurs plutôt que de redresser la société ou de réaliser ses avoirs au profit de tous les créanciers[19]. Cet avis a été confirmé en appel, essentiellement pour les raisons qui avaient motivé la décision du tribunal anglais de première instance[20].

3. Procédure soumise au contrôle ou à la surveillance d'un "tribunal étranger"

71. La définition du "tribunal étranger"[21] n'établit aucune distinction entre une procédure de redressement ou de liquidation soumise au contrôle ou à la surveillance d'un organe judiciaire ou administratif. Cette approche a été adoptée pour que les systèmes juridiques selon lesquels le contrôle ou la surveillance est

---

[15] Guide pour l'incorporation, par. 24, par exemple pour le débiteur en possession.
[16] *Betcorp*, p. 281.
[17] *Gold & Honey*, p. 370.
[18] *British American Insurance*, p. 902.
[19] *Stanford International Bank*, par. 73 et 84.
[20] *Stanford International Bank Ltd* (en appel), par. 26 et 27.
[21] Loi type de la CNUDCI, art. 2 e).

assurée par des autorités autres que judiciaires n'en relèvent pas moins de la définition de la "procédure étrangère"[22].

72. Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont guère eu à se prononcer sur le concept de "contrôle" ou de "surveillance". Deux approches peuvent être envisagées, dont la première a été discutée dans le contexte de l'affaire *Betcorp*. Nonobstant le type de procédure dont la reconnaissance était demandée, qui avait été ouverte sans aucune intervention judiciaire à la suite d'un vote des actionnaires de la société, le tribunal a considéré que la condition de "contrôle" ou de "surveillance"[23] était remplie étant donné que les syndics chargés d'administrer la procédure collective au nom de tous les créanciers étaient soumis à une surveillance administrative ou judiciaire. Le juge a estimé que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était chargée de surveiller les séquestres dans l'accomplissement de leurs fonctions, pouvait exiger des syndics qu'ils obtiennent une autorisation avant de prendre certaines mesures (par exemple destruction des livres et des archives) et était habilitée à destituer ou révoquer un syndic. Ainsi, le juge a considéré que la Commission australienne des valeurs mobilières et des investissements était une "autorité compétente pour contrôler et surveiller une procédure étrangère" aux fins de la définition de la "procédure étrangère" figurant dans la Loi type de la CNUDCI[24].

73. Selon une autre approche, l'existence d'un régime de réglementation ne constitue pas, en soi, un contrôle ou une surveillance des biens et des affaires du débiteur, particulièrement lorsque l'organe de réglementation est seulement habilité à veiller à ce que les représentants de l'insolvabilité s'acquittent comme il convient de leurs fonctions, plutôt que de surveiller des procédures d'insolvabilité déterminées.

74. Dans l'affaire *Betcorp*, indépendamment de la conclusion à laquelle il est parvenu en ce qui concerne l'organe de réglementation, le tribunal a considéré que la procédure de liquidation volontaire était soumise à la surveillance d'une autorité judiciaire, à savoir les tribunaux australiens. Cet avis était fondé sur trois éléments: a) le fait que les syndics et créanciers étaient habilités, dans le contexte d'une liquidation volontaire, à soumettre à un tribunal toute question liée à la liquidation; b) la compétence des tribunaux australiens en général en ce qui concerne la surveillance de l'action des syndics; et c) le fait que toute personne "lésée par un acte, une omission ou une décision" d'un syndic pouvait former un recours devant un tribunal australien, lequel pouvait "confirmer, annuler ou modifier l'acte ou la décision ou remédier à l'omission en question, selon le cas"[25].

4. La procédure "principale": centre des intérêts principaux

75. Si le débiteur est une personne morale, le tribunal de renvoi doit, pour reconnaître une procédure étrangère comme procédure "principale", déterminer que

---

22 Guide pour l'incorporation, par. 74.

23 Loi type de la CNUDCI, art. 2 a).

24 *Betcorp*, p. 284. À l'appui de cette proposition, le juge a cité l'affaire *Tradex Swiss AG* 384 BR 34, p. 42 (2008), dans laquelle la Commission fédérale des banques de la Suisse avait été "tribunal étranger" étant donné qu'elle contrôlait et surveillait la liquidation des sociétés de courtage.

25 *Betcorp*, p. 283 et 284.

le "centre des intérêts principaux" du débiteur était situé dans l'État où a été ouverte la procédure étrangère[26]. L'origine du concept de "centre des intérêts principaux" et la façon dont il a été appliqué dans la jurisprudence pourront aider le juge à élucider cette question.

76. Il a été décidé également, dans la Loi type de la CNUDCI, de ne pas définir le "centre des intérêts principaux". Cette notion est tirée de la Convention de l'Union européenne sur la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommée la "Convention européenne") pour des raisons de cohérence[27]. Lorsque la Loi type a été finalisée, la Convention européenne n'était pas entrée en vigueur et est par la suite devenue caduque, faute d'avoir été ratifiée par tous les États membres[28].

77. Par la suite, le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommé le "Règlement CE"), applicable aux États membres de l'Union européenne, sauf le Danemark, a été adopté pour régler les questions pouvant surgir dans le contexte de procédures d'insolvabilité internationale dans l'Union européenne. Le concept de "procédure principale" et celui de "centre des intérêts principaux" ont été repris dans le texte du Règlement CE[29]. À la différence de la Loi type de la CNUDCI, le Règlement CE souligne que le centre des intérêts principaux doit être "vérifiable par les tiers"[30]. Le Guide pour l'incorporation relève que la notion de "centre des intérêts principaux" correspond à la formulation reflétée à l'article 3 de la Convention européenne et reconnaît l'opportunité de renforcer "l'harmonisation en cours quant à la notion de procédure 'principale'"[31]. Bien que les concepts reflétés dans les deux textes soient semblables, ils ont une fin différente. La détermination du "centre des intérêts principaux" dans le contexte du Règlement CE vise la détermination de l'État dans lequel doit être ouverte la procédure principale. Aux fins de la Loi type, la détermination du "centre des intérêts principaux" se rapporte aux effets de la reconnaissance, dont l'un des principaux tient aux mesures qui peuvent être adoptées pour faciliter la procédure étrangère.

78. Les considérants 12 et 13 du Règlement CE se lisent comme suit:

> "12. Le présent règlement permet d'ouvrir les procédures d'insolvabilité principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ces procédures ont une portée universelle et visent à inclure tous les actifs du débiteur. En vue de protéger les différents intérêts, le présent règlement permet d'ouvrir des procédures secondaires parallèlement à la procédure principale. Des procédures secondaires peuvent être ouvertes dans

---

26 Loi type de la CNUDCI, art. 2 b).

27 Voir le Guide pour l'incorporation, par. 31; voir également l'article 3 de la Convention européenne.

28 Pour l'historique pertinent, voir les avis exprimés par les avocats généraux dans *Staubitz-Schreiber* [2006] ECR I-701 et *Eurofood*, par. 2. Pour une discussion plus approfondie, voir Moss, Fletcher et Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide* (deuxième édition, 2009, Oxford University Press), par. 1.01 à 1.25.

29 Règlement CE, considérants 12 et 13 cités ci-après.

30 Ibid., considérant 13.

31 Guide pour l'incorporation, par. 31. Voir le paragraphe 153 du document A/52/17, où il est souligné que "... l'interprétation du terme dans le contexte de la Convention serait également utile dans le contexte de [la Loi type]". Il y a lieu de noter que le Règlement CE ne définit pas le centre des intérêts principaux; voir, ci-dessous, le considérant 13.

l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement. Les effets des procédures secondaires se limitent aux actifs situés dans cet État. Des règles impératives de coordination avec les procédures principales satisfont l'unité nécessaire au sein de la Communauté[32].

13. Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers."

79. En prévision de la ratification de la Convention par tous les États membres, il a été établi un rapport explicatif (le rapport Virgos-Schmit) concernant la Convention européenne[33]. Ce rapport contient un certain nombre d'indications touchant le concept de "procédure d'insolvabilité principale" et, bien que la Convention soit par la suite devenue caduque, a été généralement accepté comme une aide pour l'interprétation de l'expression "centre des intérêts principaux" figurant dans le Règlement CE.

80. Le rapport Virgos-Schmit explique comme suit le concept de "procédures d'insolvabilité principales":

"**73. Procédures d'insolvabilité principales**

Le paragraphe 1 de l'article 3 autorise l'ouverture de la procédure d'insolvabilité universelle dans l'État contractant où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. La procédure d'insolvabilité principale a un caractère universel et englobe tous les avoirs du débiteur, partout dans le monde, et affecte tous les créanciers, où qu'ils se trouvent.

Une seule procédure principale seulement peut être ouverte sur le territoire relevant de la Convention.

...

75. Le concept de "centre des intérêts principaux" doit être interprété comme désignant le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers.

La raison d'être de cette règle s'explique facilement. L'insolvabilité est un risque prévisible. Il importe par conséquent que la compétence d'un autre État (ce qui, comme nous le verrons, entraîne l'application des lois relatives à l'insolvabilité de cet État contractant) soit fondée sur un lieu connu des créanciers potentiels du débiteur. Cela permet en effet de calculer les risques juridiques à prévoir en cas d'insolvabilité.

En employant l'expression "intérêts", les rédacteurs de la Convention ont eu l'intention d'englober non seulement des activités de caractère commercial, industriel ou professionnel, mais aussi toute activité économique en général, de manière à englober les activités des particuliers (par exemple les

---

[32] Le Règlement CE parle de procédures secondaires et la Loi type de procédures non principales. Les procédures secondaires, dans le contexte du Règlement CE, sont des procédures de liquidation. Voir art. 3, par. 3.

[33] M. Virgos et E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, établi avant l'ouverture de la Convention à la signature, le 23 novembre 1995. Le rapport peut être consulté en ligne à l'adresse http://global.abi.org/sites/global.abi.org/files/insolvency_report.pdf.

consommateurs). L'adjectif "principaux" est le critère au regard duquel doivent être déterminés les cas dans lesquels les intérêts en question englobent des activités de types différents qui sont gérées à partir de centres différents.

En principe, le centre des intérêts principaux sera, dans le cas des professionnels, leur domicile professionnel et, dans le cas des personnes physiques en général, leur résidence habituelle.

Lorsqu'il s'agit de sociétés et de personnes morales, la Convention présume, sauf preuve du contraire, que le centre des intérêts principaux du débiteur est le lieu de son principal établissement, lequel correspond habituellement au lieu de son siège statutaire."

81. Il existe maintenant plusieurs décisions judiciaires dans lesquelles le juge a été appelé à interpréter la signification de l'expression "centre des intérêts principaux", dans le contexte soit du Règlement CE, soit des législations nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI. Il est apparu plusieurs différences subtiles d'approche, qui sont peut-être cependant plus apparentes que réelles.

82. La principale décision rendue en la matière au niveau européen est celle concernant l'affaire *Eurofood*, découlant d'un différend entre tribunaux irlandais et tribunaux italiens sur le point de savoir si une filiale insolvable ayant son siège dans un État autre que celui de la société mère avait son "centre des intérêts principaux" dans l'État où se trouvait son siège ou dans l'État de la société mère.

83. Pour répondre à cette question, la Cour de justice européenne a dû apprécier la solidité de la présomption selon laquelle le siège doit normalement être considéré comme le centre des intérêts principaux d'une société. Cette présomption est énoncée comme suit au paragraphe 1 de l'article 3 du Règlement CE[34]:

Article 3
Compétence internationale

"1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire."

84. La Cour de justice européenne a considéré que, "pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au bénéfice du siège statutaire de cette société ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter"[35].

85. S'agissant de cette présomption, la CEJ a suggéré que tel pourrait notamment être le cas d'une société "boîte aux lettres" qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social[36]. En revanche, elle a

---

[34] Voir, à titre de comparaison, l'article 16, paragraphe 3, de la Loi type de la CNUDCI. Voir également le rapport Virgos-Schmit, par. 76.

[35] *Eurofood*, par. 34.

[36] Ibid., par. 35.

considéré que "le simple fait" que les choix économiques de la société mère (par exemple pour des raisons fiscales) "soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement"[37].

86. L'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood* insiste beaucoup sur la nécessité de pouvoir déterminer de façon prévisible le centre des intérêts principaux du débiteur. À la différence de l'affaire *Eurofood*, le premier tribunal appelé à se prononcer en appel sur cette question aux États-Unis, dans l'affaire *SPhinX*, a interprété dans un sens plus large le pouvoir de détermination du centre des intérêts principaux.

87. Dans le chapitre 15 du Code des faillites des États-Unis (auquel a été incorporée la Loi type de la CNUDCI), le libellé de la présomption, dans le texte anglais, a été modifié, le mot "proof" étant remplacé par le mot "evidence"[38]. Il ressort des travaux préparatoires que ce changement est dû simplement à une question de terminologie et à la façon dont l'expression "evidence" est utilisée aux États-Unis, qui reflète peut-être plus étroitement la façon dont l'expression "proof" est utilisée dans certains autres États anglophones[39]. C'est dans ce contexte que doivent être interprétées la décision rendue dans l'affaire *SPhinX* et les décisions ultérieures de tribunaux des États-Unis.

88. L'affaire *SPhinX* concernait une demande présentée par les représentants provisoires de l'insolvabilité d'une société enregistrée dans les îles Caïmanes en vue d'obtenir la reconnaissance de ce régime comme "procédure principale". La décision rendue dans cette affaire suggère que la recherche irrégulière d'un for approprié peut être un facteur pris en considération pour déterminer le centre des intérêts de la société débitrice. Sur ce point, la cour d'appel a déclaré ce qui suit[40]:

> "Considérées ensemble, ces analyses inappropriées de l'objet de la présomption et des moyens pouvant être invoqués pour la réfuter, jointes à des considérations pragmatiques, ont conduit le Tribunal des faillites à parvenir à la conclusion, alors que tant de facteurs objectifs portent à penser que les îles Caïmanes ne sont pas le centre des intérêts principaux du débiteur et que le fait de reconnaître que la procédure ouverte aux îles Caïmanes est une procédure non principale n'aurait pas de conséquences négatives, que tel est effectivement le choix qui s'impose.
>
> Globalement, c'est à bon droit que le Tribunal des faillites a pris en considération les facteurs dont il a tenu compte afin de conserver sa flexibilité et de parvenir à une solution pragmatique étayée par les faits de l'espèce. Aucune jurisprudence en sens contraire n'a été citée."

89. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal des États-Unis a également pris en considération la question de la détermination du centre des intérêts principaux du débiteur. Dans ce cas aussi, la demande de reconnaissance concernait une société

---

[37] Ibid., par 36. Voir également le résumé intégral des conclusions auxquelles la Cour est parvenue à ce sujet au paragraphe 37 de l'arrêt.

[38] Article 1516 c) du Code des faillites des États-Unis: "[in] the absence of evidence to the contrary, the debtor's registered office ... is presumed to be the centre of the debtor's main interests".

[39] HR Rep No 31, 109th Cong, 1st Session 1516 (2005).

[40] *SPhinX*, p. 21.

enregistrée aux îles Caïmanes qui avait été prise en liquidation provisoire dans ce pays.

90. Le tribunal a exposé les raisons pour lesquelles, dans le texte anglais des dispositions correspondantes, le mot "proof" avait été remplacé par le mot "evidence". Se référant aux travaux préparatoires, le juge a déclaré ce qui suit:

> "La présomption selon laquelle le lieu du siège statutaire est également le centre des intérêts principaux du débiteur a été incorporée à la loi dans un souci de commodité et de rapidité de la preuve dans les cas où il n'existe pas de litige sérieux sur ce point."[41]

91. Le juge a déclaré que cela "permet et encourage des décisions rapides dans les cas où le temps compte, tout en ménageant la possibilité de discuter du lieu où se trouve réellement le 'centre' du débiteur lorsque les faits sont plus douteux", ajoutant que cette "présomption n'est pas la formule privilégiée lorsque l'État dans lequel la société a été constituée et celui où elle a réellement son siège social ne sont pas les mêmes"[42].

92. Dans l'affaire *Bear Stearns*, le tribunal a évoqué la question de savoir à qui incombait la charge de réfuter la présomption. Il a considéré que cette charge reposait sur le représentant étranger qui demandait la reconnaissance de la procédure, lequel devait démontrer que le centre des intérêts principaux se trouvait dans un lieu autre que celui du siège social[43]. En l'espèce, le tribunal a considéré que la présomption avait été réfutée par les preuves produites par le représentant étranger à l'appui de sa demande. Tous les éléments de preuve portaient à conclure que le principal établissement se trouvait aux États-Unis.

93. Après avoir analysé l'arrêt rendu dans l'affaire *Eurofood*, le tribunal des États-Unis a exprimé l'avis que le lieu où le débiteur gère régulièrement ses intérêts et peut par conséquent être vérifié par les tiers correspond généralement au concept de "principal établissement" en droit américain[44]. Plus récemment, dans l'affaire *Hertz Corp* c. *Friend*, la Cour suprême des États-Unis a défini l'expression "principal établissement" comme étant le "centre névralgique" aux fins de certaines lois[45]. Cette approche paraît avoir été suivie dans l'affaire *Fairfield Sentry* aux fins de l'application de la Loi type[46].

94. La décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns* a été contestée en appel pour le motif que l'arrêt ne répondait pas aux principes de courtoisie internationale et de coopération et que le juge aurait mal interprété la présomption. En appel, le juge est parvenu à la conclusion que les principes de courtoisie internationale et de coopération avaient été dépassés par le concept de reconnaissance. Il a déclaré qu'il fallait établir une distinction entre la "reconnaissance" et les "mesures de

---

41 Voir note 104.

42 *Bear Stearns*, p. 128.

43 Ibid., p. 128.

44 Ibid., p. 129.

45 130 S Ct 1181 (2010).

46 *Fairfield Sentry*, p. 6. La Cour suprême a déclaré que les tribunaux devaient s'attacher à déterminer le lieu où étaient assurés la coordination, la direction et le contrôle des affaires de la société, faisant observer que ce lieu serait évident pour les membres du public qui traitaient avec elle.

protection" disponibles. La jurisprudence *Bear Stearns* a été suivie dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal a considéré que, dès lors qu'un tribunal avait reconnu une procédure étrangère principale, le chapitre 15 prévoyait expressément que le tribunal userait de ses pouvoirs discrétionnaires pour ordonner les mesures de protection appropriées conformément aux principes de courtoisie internationale[47]. Elle a été suivie aussi dans l'affaire *Metcalfe and Mansfield*, dans laquelle le tribunal des États-Unis avait été appelé à faire exécuter certaines mesures de protection édictées par un tribunal canadien, mesures de portée plus large que cela n'aurait été possible en vertu du droit américain. La cour a relevé que le principe de courtoisie internationale n'exigeait pas que les mesures de protection accordées dans le cadre de la procédure étrangère et celles qui pourraient être prononcées aux États-Unis soient identiques. L'élément déterminant était de savoir si la procédure étrangère répondait aux normes fondamentales d'équité aux États-Unis, et le tribunal a considéré que la procédure ouverte au Canada répondait effectivement à cette condition[48].

95. Dans l'affaire *SPhinX*, la cour d'appel a considéré qu'il pouvait être approprié de considérer la présomption comme réfutée si aucune partie ne s'y opposait. Dans l'affaire *Bear Stearns*, la cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance selon laquelle c'était au représentant étranger qu'il incombait de réfuter la présomption et que le juge avait, indépendamment, le devoir de déterminer si tel avait été le cas, sans égard pour la question de savoir si une partie s'y était ou non opposée[49].

96. Avec le tribunal de première instance, la cour d'appel a admis que le concept de centre des intérêts principaux et la présomption trouvaient leur origine dans la Convention européenne et que le "centre des intérêts principaux" équivalait au concept de "principal établissement". La cour d'appel a également confirmé une énumération de facteurs indiqués dans la décision du juge de première instance comme devant être pris en considération pour déterminer si le centre des intérêts principaux avait été établi conformément à la demande de reconnaissance. Les facteurs en question étaient les suivants[50]:

a) Le lieu du siège du débiteur;

b) Le lieu où se trouvent les personnes qui dirigent la société débitrice;

c) Le lieu où se trouvent les principaux avoirs du débiteur;

d) Le lieu où se trouvent la plupart des créanciers, ou tout au moins ceux qui sont affectés par l'affaire;

e) Le droit applicable aux différends pouvant surgir entre le débiteur et le créancier.

97. Dans l'affaire *Betcorp*, bien que le centre des intérêts principaux de la société australienne ne paraisse pas véritablement être une question controversée, le juge a formulé quelques observations à ce sujet. Il est parvenu à la conclusion qu'"il ressort des affaires dans lesquelles le juge a été appelé à analyser le centre des

---

[47] *Atlas Shipping*, p. 78.
[48] *Metcalf and Mansfield*, p. 697 et 698.
[49] *Bear Stearns*, p. 335.
[50] *Bear Stearns*, p. 128; *Bear Stearns* (en appel), p. 336.

intérêts principaux des débiteurs que les tribunaux n'appliquent pas de formule rigide et ne considèrent pas formellement qu'un facteur donné est déterminant. Au contraire, les tribunaux analysent différents facteurs pour discerner, objectivement, où le débiteur a son principal établissement. À cette fin, les tribunaux examinent la gestion, l'administration et les opérations du débiteur et la question de savoir si des tiers ordinaires et raisonnables peuvent établir ou déterminer le lieu où le débiteur a ses différentes activités."[51] Le juge a considéré que le moment auquel devait être déterminé le centre des intérêts principaux était la date à laquelle était formulée la demande de reconnaissance[52]. Cette interprétation est apparemment fondée sur le temps du verbe utilisé dans la définition de la "procédure étrangère principale". Un problème similaire se pose en ce qui concerne le lieu où se trouve l'"établissement" au regard de la définition de la "procédure étrangère non principale". L'approche adoptée dans l'affaire *Betcorp* a été suivie dans les affaires *Yuval Ran* et *British American Insurance*.

98. Les autres décisions sont celles rendues en première instance et en appel dans l'affaire *Stanford International Bank*. Il s'agissait d'une demande de reconnaissance en Angleterre d'une procédure ouverte à Antigua. Le juge était appelé à déterminer si, compte tenu de la décision rendue dans l'affaire *Eurofood*, le critère de "fonctions du siège" articulé dans la jurisprudence des tribunaux anglais, demeurait valable.

99. En première instance, le juge a admis, compte tenu de l'approche suivie dans l'affaire *Eurofood*, que le fait que le centre des intérêts principaux devait être vérifiable par des tiers était une considération déterminante[53]. Le juge a pris cette décision en se fondant sur le Règlement de 2006 relatif à l'insolvabilité internationale (incorporant en droit anglais la Loi type de la CNUDCI) plutôt que sur le Règlement CE. Pour déterminer ce qu'il fallait entendre par l'adjectif "vérifiable", le juge s'est référé aux informations du domaine public et à ce qu'une tierce partie apprendrait normalement de ses rapports avec le débiteur[54]. Ce faisant, le juge a refusé de suivre une décision antérieure, qu'il avait lui-même prise, pour laquelle il avait appliqué le critère de "fonctions du siège"[55].

100. Le juge a observé que la différence d'approche, en ce qui concerne la réfutation de la présomption, entre les tribunaux des États-Unis et les tribunaux européens était que les tribunaux des États-Unis faisaient reposer la charge de prouver que la procédure était une "procédure principale" sur la personne qui affirmait que tel était le cas, tandis que, selon la décision rendue dans l'affaire *Eurofood*, c'était sur la partie qui cherchait à réfuter la présomption que reposait la charge de la preuve[56].

101. Le juge a exprimé des doutes sur la question de savoir si les facteurs énumérés dans la décision rendue dans l'affaire *Bear Stearns*[57] avaient été qualifiés par une exigence de "vérifiabilité", comme, selon lui, cela avait été le cas dans l'affaire

---

[51] *Betcorp*, p. 292.
[52] Ibid.
[53] *Stanford International Bank*, par. 61.
[54] Ibid., par. 62.
[55] Ibid., par. 61.
[56] Ibid., par. 63 et 65.
[57] Voir par. 96 ci-dessus.

Eurofood. Cependant, même si la liste spécifique de critères n'avait pas été ainsi qualifiée par un tribunal des États-Unis, il paraissait plausible qu'un créancier informé sache, tout au moins, quel était le lieu où se trouvaient les dirigeants de la société débitrice, son siège, le lieu où se trouvait l'essentiel de ses biens et si les opérations du débiteur étaient nationales ou internationales[58]. L'importance de l'observation formulée par le juge de première instance dans l'affaire *Stanford International Bank* résidait dans l'accent qui était mis implicitement sur la nécessité d'apporter la preuve des facteurs qui étaient vérifiables par les tiers qui traitaient avec le débiteur.

102. La décision rendue dans l'affaire *Stanford International Bank* a été confirmée en appel. Dans le jugement principal, le président de la cour d'appel a considéré qu'il existait une étroite corrélation entre les termes employés dans la Loi type de la CNUDCI et dans le Règlement CE en ce qui concerne aussi bien le "centre des intérêts principaux" que la présomption[59]. Après avoir analysé la jurisprudence des États-Unis et d'autres pays, il a considéré que c'était à bon droit que le juge de première instance avait suivi la jurisprudence *Eurofood* et avait confirmé que l'explication donnée dans le rapport Virgos-Schmit[60] concernant la vérifiabilité valait tout autant pour les procédures relevant de la Loi type. Le président de la cour n'a pas considéré que la charge de la preuve en ce qui concerne la réfutation de la présomption serait nécessairement différente aux États-Unis, mais il a laissé cette question en suspens[61].

103. Un autre membre de la cour s'est associé au raisonnement du président[62]. Le troisième, tout en souscrivant d'une façon générale aux vues exprimées par le président, a exprimé un avis différent au sujet du critère de "fonctions du siège"[63]:

> "Malgré tout le respect que je lui dois, je m'écarte jusqu'à un certain point des vues du président concernant le critère à appliquer pour apprécier la décision rendue par le juge de première instance sur le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux. La démarche que doit suivre le juge consiste à déterminer si les activités étaient réalisées dans chaque centre potentiel d'intérêts principaux puis à se demander si ces activités équivalaient à des fonctions du siège et à évaluer, d'un point de vue aussi bien quantitatif que qualitatif, si ces activités étaient plus importantes que celles qui étaient réalisées au siège statutaire."

Ces observations conduiraient à penser qu'un tribunal est tenu de déterminer de façon objective, sur la base des preuves qui lui sont produites, où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur, plutôt que de se fonder sur les éléments qui étaient effectivement vérifiables par les créanciers et par les autres parties intéressées qui traitaient avec le débiteur pendant que celui-ci était opérationnel. Les autres jugements rendus en appel dans l'affaire *Stanford International Bank* ainsi

---

[58] *Stanford International Bank*, par. 67. Comparer la liste de facteurs figurant au paragraphe 92 ci-dessus.

[59] *Stanford International Bank* (en appel), par. 39.

[60] Rapport Virgos-Schmit, par. 75.

[61] *Stanford International Bank* (en appel), par. 55.

[62] Ibid., par. 159.

[63] Ibid., par. 153.

que la décision prononcée dans l'affaire *Eurofood* tendent à étayer cette deuxième proposition.

104. Il ressort de l'examen de la jurisprudence concernant la question complexe qu'est le "centre des intérêts principaux" que des difficultés peuvent surgir au sujet des points suivants:

a) Sur qui repose la charge de la preuve pour réfuter la présomption concernant le "siège statutaire"?

b) Le concept de "centre des intérêts principaux" doit-il être interprété différemment dans le contexte de la Loi type et du Règlement CE étant donné les fins différentes auxquelles ce critère est utilisé?

c) Quelles circonstances objectivement vérifiables peuvent être prises en considération pour déterminer où se trouve le "centre des intérêts principaux"? En particulier:

i) La question doit-elle être abordée par référence au principal établissement (ou "centre névralgique"), c'est-à-dire par référence au lieu que ceux qui traitent avec la société considéreraient comme le lieu où étaient effectivement assurés la coordination, la direction et le contrôle des activités du débiteur?

ii) Quels sont les facteurs objectivement vérifiables par des tiers au sens envisagé dans l'affaire *Eurofood*? En particulier, à quel moment faut-il déterminer où se trouve le centre des intérêts principaux: au moment où le débiteur traite avec les tierces parties, au moment où il fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou au moment auquel la reconnaissance est demandée?

iii) Le tribunal peut-il tenir compte des tentatives faites par le débiteur pour chercher un for plus favorable, de son point de vue, pour déterminer s'il y a lieu d'accorder la reconnaissance de la procédure étrangère?

d) Quel degré de contrôle judiciaire ou administratif sur une "procédure étrangère" est-il requis pour répondre à cet aspect de la définition?

105. Il s'agit de questions que le juge devra prendre en considération pour interpréter la législation nationale sur la base de la Loi type de la CNUDCI, compte tenu de la jurisprudence internationale et des éléments d'ordre public pertinents.

106. Comme indiqué précédemment[64], il est peu probable que, dans la très grande majorité des cas, ce soit l'affirmation de la partie à qui incombe la charge de réfuter la présomption qui sera déterminante. D'ordinaire, les preuves produites par les parties intéressées permettront de déterminer si le lieu où se trouve le siège statutaire constitue le centre des intérêts principaux. Ce n'est que lorsque les preuves produites ne sont pas déterminantes que la réfutation de la présomption jouera un rôle déterminant dans la décision prise au sujet de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère.

107. S'il y a certes des différences d'approche pour ce qui est de déterminer le lieu où se trouve le centre des intérêts principaux d'un débiteur, la tendance générale qui

---

[64] Voir par. 92 ci-dessus.

paraît se dégager de la jurisprudence est que ce lieu doit être déterminé de façon objective par les tierces parties ayant traité avec le débiteur aux moments pertinents[65]. La question tient davantage à l'accent que certains pays mettent sur des facteurs spécifiques, comme le "centre névralgique" ou le "siège" de l'entité visée dans la procédure dont la reconnaissance est demandée.

108. Le tribunal auquel la reconnaissance est demandée devrait-il pouvoir se fonder sur le fait que l'on a abusé de ses processus pour refuser la reconnaissance? La Loi type de la CNUDCI elle-même ne contient aucune disposition qui porterait à penser que des circonstances étrangères, comme l'abus des processus judiciaires, devraient être prises en considération pour statuer sur une demande de reconnaissance. Selon la Loi type, il doit être statué sur la demande par référence aux critères spécifiques visés dans les définitions des expressions "procédure étrangère", "procédure étrangère principale" et "procédure étrangère non principale". Il se pose cependant clairement un problème si, après avoir illégalement recherché le for le plus favorable, le débiteur se trouve placé dans une situation plus avantageuse, avec les conséquences préjudiciables que cela ne manquera pas d'avoir pour les créanciers. La Loi type n'interdit pas aux tribunaux de renvoi d'appliquer le droit interne, en particulier les règles internes de procédure, en présence de tels abus.

109. Une autre façon de régler le problème lié à la recherche illégitime du for le plus favorable pourra être d'examiner la question de savoir si la reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'ordre public[66]. Vue sous cet angle, la question de la recherche illégale du for le plus favorable relève, d'une façon plus générale, de l'abus des processus judiciaires. L'on semblerait pouvoir dire qu'une demande de reconnaissance en tant que procédure principale est un abus du processus judiciaire si les auteurs de la demande savent que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouvait ailleurs et n'en décidaient pas moins délibérément de déplacer le siège statutaire en un autre lieu pour soutenir le contraire ou de taire ce type d'information lorsqu'ils demandent la reconnaissance. Une approche fondée sur l'exception de l'"ordre public" a l'avantage de dissocier les questions liées à la demande de reconnaissance et à l'abus éventuel d'un processus judiciaire de manière qu'il reflète la lettre et l'esprit de la Loi type de la CNUDCI.

110. Dans l'affaire *Gold & Honey*, un tribunal des États-Unis a refusé de reconnaître la procédure ouverte en Israël pour des motifs d'ordre public. Dans cette affaire, une ordonnance de liquidation avait été rendue contre une société débitrice en Israël après qu'une procédure de liquidation eut été ouverte aux États-Unis et après qu'il eut été automatiquement sursis aux mesures d'exécution. Le juge a refusé de reconnaître cette procédure car cela "aurait eu pour effet de récompenser et de légitimer la violation aussi bien du sursis automatique que des ordonnances ultérieures du tribunal concernant la suspension des mesures d'exécution"[67]. Comme la reconnaissance "compromettrait sérieusement la possibilité pour les tribunaux de faillite des États-Unis de donner effet à deux des objectifs les plus fondamentaux du sursis automatique, à savoir empêcher les créanciers d'obtenir un avantage sur les autres créanciers et assurer une répartition efficace et méthodique

---

65 *Eurofood* et *Bear Stearns*.

66 Voir la discussion concernant l'exception fondée sur l'ordre public aux paragraphes 47 à 51 ci-dessus.

67 *Gold & Honey*, p. 371.

des avoirs du débiteur entre tous les créanciers conformément à leur rang de priorité relatif"[68], le juge a considéré que les rigoureuses conditions qui doivent être remplies pour pouvoir invoquer l'exception d'ordre public avaient été réunies.

5. La procédure non principale – l'"établissement"

111. Pour qu'une procédure puisse être reconnue comme une "procédure non principale", le débiteur doit avoir "un établissement" dans l'État étranger. Le terme "établissement" fait partie de la définition de la "procédure étrangère non principale" figurant dans la Loi type de la CNUDCI. Il est employé aussi, dans le Règlement CE, pour aider les tribunaux des États membres à déterminer s'ils ont compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve dans un autre État membre. Le paragraphe 2 de l'article 3 du Règlement CE se lit comme suit:

Article 3
Compétence internationale

> "2. Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire."

112. La question de savoir si un "établissement" existe effectivement est pour une large part une question de fait. Inévitablement, cette question de fait sera réglée sur la base des preuves spécifiques qui ont été apportées. Il devra être établi que le débiteur "exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services" dans l'État en question[69]. Juridiquement, cependant, se pose la question de savoir si le terme "non transitoire" désigne la durée de l'activité économique dont il s'agit ou le lieu où celle-ci est exercée[70].

113. Le terme "établissement" a été analysé dans la jurisprudence. Dans l'affaire *Bear Stearns*[71], l'"établissement" a été assimilé à un "centre d'activités local". Dans cette affaire, le tribunal a considéré qu'il n'avait été produit aucune preuve établissant qu'une activité économique était exercée de façon non transitoire aux îles Caïmanes. En appel, la cour d'appel a clairement indiqué que des activités d'audit réalisées pour préparer l'élaboration de l'acte constitutif ne constituaient pas des "opérations" ou "activités économiques" qui donneraient naissance à un "établissement", pas plus que les investigations menées par les syndics provisoires sur le point de savoir si des transactions antérieures pouvaient être annulées[72].

114. Il se pourrait qu'il faille mettre davantage l'accent sur les mots "avec les moyens humains et les biens et les services" dans la définition de l'"établissement". Une opération commerciale gérée par des êtres humains faisant intervenir des biens ou des services paraît implicitement relever du type d'activité commerciale locale

---

[68] Ibid., p. 372.
[69] Loi type de la CNUDCI, art. 2 f).
[70] *Fairfield Sentry*, p. 8 et 9.
[71] *Bear Stearns*, p. 131.
[72] *Bear Stearns* (en appel), p. 339.

qui suffit pour répondre au critère à la base de la définition du terme “établissement”.

A/CN.9/WG.V/WP.97/Add.2 (Original: anglais)

Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Interprétation et application de la Loi type (*suite*) 115-185

D. Mesures disponibles 115-151

1. Observations liminaires 115-119

2. Mesures provisoires 120-125

3. Effets automatiques de la reconnaissance de la "procédure principale" . . 126-133

4. Mesures disponibles après la reconnaissance 134-151

E. Coopération et coordination 152-185

1. Observations liminaires 152-156

2. Coopération 157-168

3. Coordination 169-185

Annexe

Références des affaires citées . . . . . .

II. Interprétation et application de la Loi type (*suite*)

D. Mesures disponibles

1. Observations liminaires

115. Les mesures disponibles en vertu de la Loi type de la CNUDCI sont de trois types:

a) Mesures provisoires (urgentes) pouvant être prononcées à tout moment après la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère[1];

b) Mesures de protection intervenant automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère comme "procédure étrangère principale"[2];

---

[1] Loi type de la CNUDCI, art. 19.

c) Mesures discrétionnaires pouvant être accordées par le tribunal dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale[3].

116. Selon la définition de la "procédure étrangère"[4], les effets de la reconnaissance s'étendent également à une "procédure provisoire" étrangère[5]. Cette solution s'impose parce qu'une procédure intérimaire ne se distingue aucunement des autres procédures d'insolvabilité si ce n'est qu'elle a un caractère provisoire.

117. Si, après la reconnaissance, la "procédure provisoire étrangère" cesse d'être suffisamment fondée pour que l'article 20 produise ses effets automatiques, il peut être mis fin à la suspension automatique des mesures d'exécution conformément à la législation de l'État adoptant, comme prévu au paragraphe 2 de l'article 20[6].

118. Aucune disposition de la Loi type ne limite le pouvoir d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente de fournir une assistance supplémentaire à un représentant étranger conformément à d'autres lois de l'État adoptant[7].

119. Il faut, pour déterminer si les types de mesures disponibles (automatiques ou discrétionnaires) envisagées par la Loi type ont été éliminés ou modifiés dans l'État adoptant, analyser la loi par laquelle la Loi type avait été incorporée au droit interne de cet État[8]. Lorsque les mesures disponibles ont été identifiées, le tribunal de renvoi peut, indépendamment des mesures découlant automatiquement de la reconnaissance d'une procédure "principale", ordonner les autres mesures de protection qu'il juge appropriées.

2. Mesures provisoires[9]

120. L'article 19 traite des mesures "urgentes" qui peuvent être ordonnées à l'appréciation du tribunal et qui peuvent être accordées dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère[10].

---

2 Ibid., art. 20.

3 Ibid., art. 21.

4 Ibid., voir l'article 2 a).

5 Un exemple est la nomination d'un syndic provisoire avant le prononcé d'une ordonnance formelle de liquidation de la société débitrice, ce qui est possible conformément à la législation de nombreux États: voir par exemple l'article 246 de la Loi de 1993 sur les sociétés et la règle 31.32 du Règlement de la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande.

6 Loi type de la CNUDCI, art. 20, par. 2.

7 Ibid., art. 7. Cet article est conçu de manière à englober les mesures fondées sur la courtoisie internationale ou l'*exequatur*, l'utilisation de commissions rogatoires ou toute autre loi de l'État dont il s'agit.

8 Les États qui ont promulgué des lois inspirées de la Loi type ont suivi des approches différentes. Aux États-Unis, par exemple, les mesures automatiques de suspension des mesures d'exécution ont une portée plus large (de façon à être conformes au chapitre 11 du Code des faillites des États-Unis), tandis qu'au Mexique, la suspension n'empêche pas la poursuite d'actions individuelles, par opposition aux mesures d'exécution. Au Japon et en République de Corée, les mesures disponibles à la suite de la reconnaissance peuvent être prononcées par le tribunal au cas par cas dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires et ne s'appliquent pas automatiquement, comme prévu par la Loi type.

9 Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, inspiré des paragraphes 135 à 140 du Guide pour l'incorporation.

10 Le tribunal de renvoi est autorisé à adapter les mesures prononcées à la lumière des considérations d'ordre public. Pour une discussion de l'exception d'"ordre public" dans le

121. L'article 19 autorise le tribunal à accorder le type de mesures habituellement applicables seulement dans les procédures d'insolvabilité collectives[11], contrairement aux mesures de caractère "individuel" qui peuvent être accordées avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au titre des règles de procédure civile[12]. Toutefois, les mesures discrétionnaires "collectives" prévues à l'article 19 sont un peu plus restreintes que celles qui sont prévues à l'article 21.

122. Si des mesures "collectives" ont été prévues, quoique de manière restreinte, c'est parce qu'il faut établir, aux fins de la reconnaissance, l'existence d'une procédure étrangère "collective"[13]. En outre, des mesures collectives, bien que restreintes, peuvent être nécessaires d'urgence avant même la décision de reconnaissance afin de protéger les biens du débiteur et les intérêts des créanciers[14]. L'exclusion des mesures collectives irait à l'encontre de ces objectifs. D'autre part, la reconnaissance n'ayant pas encore été accordée, elles sont limitées à des mesures urgentes et provisoires.

123. Il est fait allusion à l'urgence de ces mesures dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 19, l'alinéa a) de ce paragraphe limitant la suspension et l'interdiction aux mesures d'exécution, et les mesures mentionnées à l'alinéa b) étant restreintes aux biens périssables et aux biens susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés. Les autres mesures disponibles au titre de l'article 19 sont par ailleurs essentiellement les mêmes que celles qui sont prévues à l'article 21.

124. Les mesures applicables au titre de l'article 19 sont provisoires en ce sens qu'elles cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance[15]. Toutefois, le tribunal a la possibilité de les prolonger[16], par exemple pour éviter une interruption entre la mesure provisoire accordée avant la reconnaissance et la mesure accordée après la reconnaissance.

125. Le paragraphe 4 de l'article 19 stipule que si une mesure étrangère principale est en cours, toute mesure accordée en faveur d'une procédure étrangère non principale doit être conforme à la procédure étrangère principale (et ne pas interférer avec elle)[17]. Pour favoriser une telle coordination des mesures préalables à la reconnaissance avec toute procédure étrangère principale, le représentant étranger demandant la reconnaissance doit joindre à ladite demande une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues de lui[18].

---

contexte des mesures disponibles, voir les affaires *Ephedra* et *Tricontinental Exchange* et les paragraphes 47 à 51 ci-dessus.

[11] C'est-à-dire le même type de mesures que celles prévues à l'article 21.

[12] C'est-à-dire les mesures visant des avoirs spécifiques identifiés par les créanciers.

[13] Voir également la discussion concernant l'affaire *Rubin* c. *Eurofinance* au paragraphe 141 ci-dessous.

[14] Ibid.

[15] Loi type de la CNUDCI, art. 19, par. 3.

[16] Ibid., art. 21, par. 1 f).

[17] Ibid., voir également les articles 29 et 30.

[18] Ibid., art. 15, par. 3.

3. Effets automatiques de la reconnaissance de la "procédure principale"[19]

126. L'article 20 traite des effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, et en particulier de ses effets automatiques et des conditions auxquelles ils sont subordonnés.

127. Si les mesures prévues aux articles 19 et 21 sont discrétionnaires, les effets énoncés à l'article 20, par contre, ne le sont pas: ils découlent automatiquement de la reconnaissance de la procédure étrangère principale. Il existe une autre différence entre les mesures discrétionnaires prévues aux articles 19 et 21 et les effets énoncés à l'article 20, à savoir que les premières peuvent être accordées pour des procédures aussi bien principales que non principales, alors que les seconds découlent uniquement des procédures principales. Les effets automatiques de la reconnaissance ne sont pas les mêmes que les effets d'une ordonnance d'*exequatur*.

128. Les conséquences automatiques envisagées à l'article 20 sont nécessaires afin de ménager le temps de prendre des mesures pour organiser une procédure d'insolvabilité internationale coordonnée et équitable, même si les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étrangère dans le pays d'origine ne sont pas les mêmes que les effets que produit l'article 20 dans l'État où la reconnaissance est demandée. Cette approche reflète un principe fondamental qui sous-tend la Loi type de la CNUDCI, à savoir que la reconnaissance d'une procédure étrangère par le tribunal de l'État adoptant produit des effets jugés nécessaires pour une conduite coordonnée et équitable d'une insolvabilité internationale.

129. Si la reconnaissance doit, dans une affaire donnée, aboutir à des résultats contraires aux intérêts légitimes d'une partie intéressée, y compris le débiteur, la loi de l'État adoptant doit donner des possibilités de protéger ces intérêts[20].

130. L'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 20 fait référence à la fois aux "actions individuelles" et aux "procédures individuelles" afin de couvrir, outre les "actions" engagées par des créanciers auprès d'un tribunal à l'encontre du débiteur ou de ses biens, les mesures de recouvrement prises par les créanciers en dehors des procédures judiciaires, mesures que lesdits créanciers sont autorisés à prendre dans certaines conditions dans plusieurs États. Le paragraphe 1 b) de l'article 20 a été ajouté pour bien préciser que la suspension et l'interdiction portaient également sur les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur.

131. Nonobstant le caractère "obligatoire" ou "automatique" des effets prévus à l'article 20, il est expressément indiqué que la portée de ces effets est subordonnée aux exceptions ou restrictions pouvant exister dans la loi de l'État adoptant. Il peut s'agir, par exemple, du recouvrement de créances par des créanciers bénéficiant d'une sûreté, de paiements effectués par le débiteur dans le cours normal de ses affaires, des actions en justice pour des créances postérieures à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (ou à la reconnaissance d'une procédure étrangère principale), ou encore de l'achèvement d'opérations en cours sur les marchés financiers.

---

[19] Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, inspiré des paragraphes 141 à 153 du Guide pour l'incorporation.

[20] Voir Loi type de la CNUDCI, art. 20, par. 2 et art. 22. Voir également les paragraphes 136, 143 et 144 ci-dessous.

132. Il peut être parfois souhaitable que le tribunal modifie ou fasse cesser les effets de l'article 20. Les règles régissant le pouvoir du tribunal en la matière varient. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux sont autorisés à accorder des exceptions individuelles sur demande d'une partie intéressée, en respectant les conditions prescrites par la loi locale[21]. C'est pourquoi le paragraphe 2 de l'article 20 prévoit que la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension qui y sont visées sont subordonnées aux dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité.

133. Le paragraphe 4 de l'article 20 précise que l'interdiction et la suspension automatiques prévues à l'article 20 n'empêchent personne, y compris le représentant étranger et les créanciers étrangers, de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale et d'y participer[22]. Si une procédure locale est effectivement ouverte, l'article 29 traite de la coordination de cette procédure avec les procédures étrangères[23].

4. Mesures disponibles après la reconnaissance[24]

i) Dispositions de la Loi type

134. L'article 21 traite des mesures qui peuvent être accordées après la reconnaissance d'une procédure étrangère et indique certains des types de mesures qui sont disponibles.

135. Les mesures prévues à l'article 21 sont discrétionnaires. Les types de mesures énumérées au paragraphe 1 de l'article 21 sont les plus courantes dans les procédures d'insolvabilité; toutefois, la liste n'est pas exhaustive afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir du tribunal d'accorder le type de mesures applicables en vertu de la loi de l'État adoptant nécessaires en fonction des circonstances de la cause[25].

136. Les mesures discrétionnaires sont par nature conçues de manière à ce que le tribunal puisse les moduler en fonction de l'affaire jugée. Cette idée est renforcée par le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut subordonner les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées. Le juge devra, dans chaque cas, déterminer quel est le type de mesures les mieux appropriées aux circonstances de l'espèce et les conditions auxquelles lesdites mesures devront être subordonnées.

137. La "remise" des biens au représentant étranger (ou à une autre personne), envisagée au paragraphe 2 de l'article 21, est discrétionnaire. La Loi type contient plusieurs garanties visant à assurer la protection des intérêts locaux avant que les

---

[21] Par exemple, Loi type de la CNUDCI, art. 22, par. 3.

[22] Le droit de demander l'ouverture d'une procédure locale d'insolvabilité et d'y participer est, d'une manière générale, régi par les articles 11 à 13 de la Loi type.

[23] Voir les paragraphes 173 à 176 ci-dessous.

[24] Le résumé qui suit est, pour l'essentiel, inspiré des paragraphes 154 à 160 du Guide pour l'incorporation.

[25] Le tribunal de renvoi est autorisé à adapter les mesures prononcées à la lumière des considérations d'ordre public. Pour une discussion de l'exception d'"ordre public" dans le contexte des mesures disponibles, voir les affaires *Ephedra* et *Tricontinental Exchange* et les paragraphes 47 à 51 ci-dessus.

biens soient remis au représentant étranger[26]. Dans l'affaire *Atlas Shipping*, le tribunal des États-Unis a accordé les mesures de protection demandées en vertu des dispositions correspondant aux paragraphes 1 e) et 2 de l'article 21 en ce qui concerne les fonds détenus dans les comptes bancaires aux États-Unis et soumis aux ordonnances de saisie maritime prononcées aussi bien avant qu'après le début de la procédure d'insolvabilité au Danemark, le juge a déclaré que les mesures accordées étaient sans préjudice de la faculté qu'avaient les créanciers, le cas échéant, de faire valoir devant le tribunal danois des faillites leurs droits sur les fonds précédemment saisis[27]. Le juge a également fait observer que la remise des fonds d'un représentant étranger constituerait une solution à la fois plus économique et plus efficace dans la mesure où elle permettrait à tous les créanciers d'Atlas, partout dans le monde, de faire valoir leurs droits devant un seul et même tribunal compétent.

138. Un point important à prendre en considération lorsque l'on adapte les mesures est de savoir si celles-ci s'appliquent à une procédure étrangère principale ou non principale. Il ne faut pas perdre de vue que les intérêts et l'autorité du représentant d'une procédure étrangère non principale sont généralement plus limités que les intérêts et l'autorité du représentant d'une procédure étrangère principale, qui cherche normalement à disposer de tous les biens du débiteur insolvable.

139. Cette idée est reflétée au paragraphe 3 de l'article 21, qui prévoit:

a) Que les mesures accordées en faveur d'une procédure étrangère non principale devraient être limitées aux biens qui doivent être administrés dans cette procédure non principale; et

b) Que, si le représentant étranger demande des informations concernant les biens ou les affaires du débiteur, les mesures doivent porter sur les informations demandées dans cette procédure.

L'objectif de ces dispositions est d'indiquer au tribunal que les mesures en faveur d'une procédure étrangère non principale ne devraient pas donner des pouvoirs inutilement étendus aux représentants étrangers et ne devraient pas interférer avec l'administration d'une autre procédure d'insolvabilité, en particulier la procédure principale.

140. Pour déterminer s'il y a ou non lieu d'accorder les mesures discrétionnaires prévues à l'article 21 ou de modifier ou de rapporter les mesures accordées, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont protégés comme il convient. C'est une des raisons pour lesquelles le tribunal peut subordonner les mesures en question aux conditions qu'il juge appropriées[28]. Un représentant étranger ou une personne affectée par les

---

[26] Ces garanties sont notamment les suivantes: le principe de protection des intérêts locaux énoncé au paragraphe 1 de l'article 22, la disposition du paragraphe 2 de l'article 21 aux termes de laquelle le tribunal ne doit pas autoriser la remise des avoirs du débiteur tant qu'il ne s'est pas assuré que les intérêts des créanciers locaux sont protégés; et le paragraphe 2 de l'article 22, aux termes duquel le tribunal peut subordonner les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées.

[27] *Atlas Shipping*, p. 742.

[28] Voir par. 136 ci-dessus.

mesures peut demander au tribunal de les modifier ou d'y mettre fin, ou bien le tribunal peut le faire de sa propre initiative[29].

141. Un exemple d'affaire dans laquelle l'octroi de mesures de protection a initialement été refusé est l'affaire *Rubin* c. *Eurofinance*. Le tribunal de renvoi avait été prié de mener l'exécution d'une ordonnance, de verser une somme d'argent à un créancier déterminé à la suite d'un jugement rendu aux États-Unis. Il s'est posé la question de savoir si la Loi type envisageait la possibilité d'accorder des mesures de ce type. Le juge a admis que la procédure ayant donné lieu au jugement faisait partie intégrante de la procédure d'insolvabilité ouverte en vertu du chapitre 11[30] aux États-Unis. Tout en admettant qu'en droit anglais, le tribunal pouvait donner effet aux ordonnances rendues dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité étrangère, le juge a établi une distinction entre une affaire dans laquelle il avait été rendu une ordonnance afin d'assurer l'application d'une mesure collective d'exécution contre les biens d'un débiteur par les créanciers dont les droits avaient été reconnus ou établis[31] (ce qui justifierait le droit d'une telle mesure) et un jugement prévoyant le versement d'une somme d'argent à un créancier déterminé (ce qui ne serait pas le cas). Le juge a considéré que l'ordonnance rendue dans le contexte de la procédure menée en vertu du chapitre 11 relevait de la deuxième catégorie, ce qui signifiait que l'exécution du jugement ne pouvait pas être ordonnée en vertu d'une disposition de la Loi type de la CNUDCI. Aux fins des mesures d'exécution, des règles usuelles du droit international privé anglais continuaient de s'appliquer.

142. En appel, la cour est convenue que la procédure faisait partie de la procédure ouverte au titre du chapitre 11, mais n'a pas souscrit à la conclusion du tribunal de première instance, considérant que les jugements en question avaient pour objet d'instituer un régime collectif de mise en œuvre des effets de la procédure d'insolvabilité. De ce fait, a déclaré la cour, ils étaient régis par les règles du droit international privé concernant l'insolvabilité et non par les règles ordinaires du droit international privé interdisant l'exécution des jugements lorsque le défendeur n'était pas soumis à la juridiction du tribunal étranger[32].

143. L'article 22 de la Loi type de la CNUDCI souligne la nécessité de protéger comme il convient les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées lorsque le tribunal décide d'accorder ou de refuser l'octroi de mesures de protection lors de la reconnaissance d'une procédure étrangère, il indique en outre que le tribunal peut subordonner les mesures ainsi accordées aux conditions qu'il juge appropriées et stipule que le tribunal peut également modifier ou faire cesser lesdites mesures.

144. L'idée sous-jacente à l'article 22 est qu'il devrait y avoir un équilibre entre les mesures pouvant être accordées au représentant étranger et les intérêts des personnes susceptibles d'être lésées par ces mesures[33]. Cet équilibre est indispensable pour que soient atteints les objectifs de la législation relative à l'insolvabilité internationale.

---

29 Loi type de la CNUDCI, art. 22.

30 *Rubin* c. *Eurofinance*, par. 47.

31 Ibid., par. 58, citant *Cambridge Gas Transportation Corporation* c. *Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2007] 1 AC 508 (PC), par. 13.

32 *Rubin* c. *Eurofinance* (en appel), par. 61.

33 Voir, d'une façon générale, les paragraphes 161 à 164 du Guide pour l'incorporation.

ii) Approches des questions liées aux mesures discrétionnaires

145. Comme les mesures discrétionnaires accordées après la reconnaissance seront toujours adaptées aux circonstances de l'espèce, il n'est pas possible de donner des exemples spécifiques de mesures accordées dans un texte comme celui-ci. Toutefois, plusieurs options de principe s'offrent au tribunal lorsqu'il s'agit de décider si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, les mesures de protection doivent être accordées. Un exemple des différentes approches qui peuvent être suivies dans l'octroi de mesures discrétionnaires (bien que dans une procédure à laquelle la Loi type de la CNUDCI n'était pas applicable) est une affaire concernant une procédure australienne de liquidation dans laquelle des mesures de protection avaient été demandées en Angleterre. Bien que tant l'Angleterre que l'Australie aient promulgué des lois inspirées da la Loi type, aucune de ces lois n'était en vigueur lorsque la procédure en question a été ouverte en Angleterre[34].

146. Le syndic australien avait adopté un certain nombre de mesures pour réaliser et protéger les avoirs du débiteur en Angleterre, essentiellement des indemnités à percevoir au titre de polices de réassurance souscrites à Londres, mais avait demandé aux tribunaux anglais de remettre ces avoirs en Australie pour distribution entre tous les créanciers des sociétés, conformément au droit australien. Le droit australien prévoyait que les avoirs réalisés au titre d'indemnités de réassurance devaient être versés en priorité aux compagnies d'assurance, tandis que tel n'était pas le cas (à l'époque) du droit anglais. La question était de savoir si le tribunal anglais devait accorder des mesures qui auraient permis une distribution aux créanciers, contrairement aux priorités prévues par le droit anglais. En première instance, la demande avait été rejetée[35]. Cette décision avait été confirmée en appel[36]. En cassation, les décisions précédentes ont été annulées et les mesures ont été accordées en faveur des syndics australiens[37].

147. En cassation, la cour a considéré que le tribunal était effectivement compétent pour rendre l'ordonnance demandée et devait, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, faire droit à la demande. Bien que les cinq juges aient souscrit à la conclusion à laquelle la cour était parvenue, ils ont été d'avis différents quant au raisonnement menant à cette conclusion:

a) L'un des avis exprimés était que, par principe, il devait apparaître une seule masse sur laquelle tous les créanciers (où qu'ils se trouvent) avaient des droits, tous les créanciers devant apporter la preuve de leurs réclamations. La législation australienne, tout en établissant des rangs de priorité différents, ne contenait aucune disposition fondamentale d'ordre public qui interdirait d'accorder

---

34 La demande des syndics australiens avait été examinée dans le contexte du paragraphe 4 de l'article 426 de la loi sur l'insolvabilité de 1986 du Royaume-Uni, aux termes duquel les tribunaux compétents conformément à la législation relative à l'insolvabilité en un lieu quelconque du Royaume-Uni étaient tenus de fournir une assistance aux tribunaux investis d'une compétence correspondante dans un certain nombre de pays spécifiés, dont l'un était l'Australie.

35 *HIH*.

36 *HIH* (premier appel).

37 *McGrath* c. *Riddell*.

des mesures de protection[38]. Cela étant, la procédure principale en Australie devrait avoir un effet universel[39];

b) Un deuxième avis a été exprimé: comme l'Australie était au nombre des pays auxquels une assistance pourrait être fournie en vertu de la Loi de 1986 relative à l'insolvabilité[40], il n'y avait aucune raison de ne pas donner effet aux dispositions légales concernant l'assistance à fournir aux syndics australiens. Il n'existait aucune considération fondamentale d'ordre public qui interdirait aux syndics australiens d'obtenir le prononcé de mesures de protection[41];

c) La troisième approche était fondée sur quatre facteurs spécifiques qui justifiaient l'octroi de mesures de protection[42]:

i) Les sociétés en liquidation étaient des compagnies d'assurance australiennes;

ii) Le droit australien prévoyait expressément la distribution de leurs avoirs en cas d'insolvabilité de compagnies d'assurance;

iii) Les règles australiennes concernant les rangs de priorité n'étaient contraires à aucune disposition du droit anglais en vigueur au moment considéré qui visait à protéger les titulaires de polices souscrites en Angleterre;

iv) Le but des règles australiennes concernant les rangs de priorité était conforme (au moment de la décision rendue en dernier ressort) aux changements apportés à la législation en vigueur en Angleterre.

iii) Protection dans les affaires faisant intervenir des transactions antérieures suspectes

148. L'article 23[43] autorise le représentant étranger, après reconnaissance, à agir pour entamer certaines actions visant à annuler des transactions antérieures irrégulières. Les types de procédures visées par l'article 23 seront généralement identifiés dans la loi par laquelle l'État adoptant a incorporé la Loi type au droit interne.

149. Lorsque la procédure étrangère a été reconnue comme une "procédure non principale", le tribunal doit examiner spécifiquement la question de savoir si les mesures devant être adoptées conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 23 se rapportent à des biens qui "devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale"[44]. Cela établit, une fois de plus, une distinction entre la nature d'une procédure "principale" et celle d'une procédure "non principale" et souligne que les mesures de protection pouvant être accordées dans le cas d'une procédure "non principale" seront généralement plus restrictives que celles qui peuvent être instituées dans le cadre d'une procédure "principale".

---

38 Voir la discussion de l'ordre public dans l'affaire *Gold & Honey Ltd*, au paragraphe 110 ci-dessus.

39 *McGrath* c. *Riddell*, par. 30, 36 et 63.

40 Note 170.

41 *McGrath* c. *Riddell*, par. 59, 62, 76 et 77.

42 Ibid., par. 42.

43 Voir également le Guide pour l'incorporation, par. 165 à 167.

44 Loi type de la CNUDCI, art. 23, par. 2.

150. L'article 23 est rédigé de façon restrictive. Dans la mesure où l'État adoptant autorise un représentant étranger à prendre des mesures déterminées, celles-ci ne peuvent être adoptées que si un représentant de l'insolvabilité dans l'État adoptant avait pu introduire de telles actions[45]. L'article 23 ne crée aucun droit pour ce qui est du fond. Il ne mentionne pas non plus les règles relatives aux conflits de lois. Il faudra, dans chaque cas particulier, se référer aux règles nationales relatives aux conflits de lois pour déterminer si une procédure du type visé à l'article 23 peut régulièrement être intentée.

151. Dans l'affaire *Condor Insurance*, la cour d'appel était invitée à se prononcer sur la compétence d'un tribunal des faillites d'ordonner l'annulation de certains actes conformément à un droit étranger dans le cadre d'une action relevant du chapitre 15. Infirmant les décisions des tribunaux de première et de deuxième instances, la cour d'appel a considéré que le tribunal des faillites avait effectivement ce pouvoir. L'affaire portait sur la reconnaissance aux États-Unis d'une procédure étrangère principale ouverte à Nevis, à la suite de quoi les représentants étrangers avaient entamer une action pour faire valoir en vertu de la législation de Nevis des réclamations contre le débiteur en vue de recouvrer certains avoirs frauduleusement transférés aux États-Unis. Le chapitre 15 stipule que les pouvoirs d'annulation sont exclus des mesures de protection qui peuvent être accordées conformément à la disposition correspondant au paragraphe 1 g) de l'article 21 de la Loi type, stipulant plutôt qu'en vertu de l'article 23, de tels pouvoirs ne peuvent être exercés que dans le cadre d'une procédure de faillite en bonne et due forme. Toutefois, la cour d'appel a considéré que le chapitre 15 n'interdisait pas au représentant étranger d'invoquer les pouvoirs d'annulation prévus par la législation étrangère applicable et que le libellé de cette législation conduisait à interpréter largement les pouvoirs accordés au tribunal afin de faciliter ainsi la coopération internationale avec des juridictions étrangères[46]. Avant cette décision rendue en appel, une interprétation semblable avait été approuvée dans l'affaire *Atlas Shipping*, dans laquelle le tribunal était parvenu à la conclusion que la décision rendue par le tribunal de deuxième instance dans l'affaire *Condor Insurance* était contestable: la conclusion selon laquelle il était interdit à un représentant étranger d'introduire une action en annulation en se fondant sur une législation étrangère n'était "étayée par aucun élément des travaux préparatoires"[47].

---

[45] Ibid., art. 23, par. 1.

[46] *Condor Insurance* (en appel), p. *[xxx]*.

[47] *Atlas Shipping*, p. 744.

E. Coopération et coordination

1. Observations liminaires

152. Les articles 25 à 27 de la Loi type de la CNUDCI ont pour but de promouvoir la coopération entre les représentants de l'insolvabilité et les tribunaux de différents États afin que les procédures d'insolvabilité visant le même débiteur soient menées de manière à répondre au mieux aux intérêts de tous ses créanciers. L'objectif est de maximiser la valeur pour les créanciers (dans le cas d'une procédure de liquidation et de réorganisation) et (dans le cas d'une procédure de redressement) de faciliter la protection des investissements et la préservation des emplois[48], grâce à une administration équitable et efficace de la masse de l'insolvabilité.

153. La coopération et la coordination entre les tribunaux sont des éléments qui sont au cœur même de la Loi type. Une coopération, par exemple, est souvent le seul moyen réaliste de prévenir la dissipation des biens, d'en maximiser la valeur[49] ou de trouver les meilleures solutions pour la réorganisation de l'entreprise. La coopération aboutit à une meilleure coordination des différentes procédures d'insolvabilité en permettant de les mener au mieux dans le but d'obtenir des résultats optimaux pour les créanciers.

154. Les articles 25 et 26 non seulement autorisent une coopération internationale, mais l'imposent en disposant que le tribunal et le représentant de l'insolvabilité "coopèrent dans toute la mesure possible". Ces articles visent à pallier le manque fréquent, dans les législations nationales, de règles donnant un fondement juridique à la coopération entre les tribunaux locaux et les tribunaux étrangers pour traiter des insolvabilités internationales. L'établissement d'un tel fondement est particulièrement utile dans les systèmes juridiques où la latitude donnée aux juges pour sortir du cadre des autorisations statutaires expresses est limitée. Toutefois, même dans les pays où les juges, traditionnellement, ont un plus grand pouvoir discrétionnaire, il s'est révélé utile d'établir un tel cadre législatif pour la coopération.

155. Les articles 25 et 26 laissent aux tribunaux et, sous la supervision de ces derniers, aux administrateurs de l'insolvabilité le soin de décider notamment du moment et de la forme de la coopération. La Loi type ne subordonne pas la coopération d'un tribunal (ou d'une personne ou encore de l'organe mentionné aux articles 25 et 26) avec un tribunal ou un représentant étranger à une décision formelle de reconnaissance de cette procédure étrangère.

156. La possibilité accordée aux tribunaux, avec la participation appropriée des parties, de communiquer "directement" et de demander informations et assistance "directement" aux tribunaux étrangers ou à des représentants étrangers a pour but d'éviter le recours à des procédures traditionnelles mais longues comme les commissions rogatoires et l'*exequatur*, ce qui revêt une importance critique lorsque les tribunaux doivent intervenir d'urgence.

---

[48] Loi type de la CNUDCI, alinéa e) du préambule.

[49] Par exemple lorsque des éléments du matériel de production situés dans les deux États peuvent se vendre plus avantageusement ensemble que séparément.

2. Coopération

157. L'importance qu'il y a à accorder aux tribunaux la flexibilité et le pouvoir d'appréciation nécessaires en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers a été soulignée lors du deuxième Colloque judiciaire multinational CNUDCI-INSOL sur l'insolvabilité internationale[50] tenue avant que ne soit finalisée la Loi type de la CNUDCI. Lors de ce colloque, les juges ayant eu à en connaître ont signalé un certain nombre d'affaires dans lesquelles il y avait eu une coopération judiciaire.

158. Plusieurs points se sont dégagés des exemples donnés:

a) La communication entre les tribunaux est possible mais doit être menée judicieusement et avec les garanties appropriées pour la protection des droits des parties sur les plans du fond et de la procédure;

b) La communication doit être menée ouvertement, les parties intéressées doivent en être averties à l'avance[51] et, sauf dans des circonstances exceptionnelles, la présence des parties est requise;

c) Les communications pouvant être échangées sont diverses et peuvent notamment revêtir la forme d'échanges d'ordonnances ou de jugements formels, la communication de documents informels de caractère général, de questions et d'observations et l'échange de procès-verbaux d'audience;

d) Les moyens de communication pouvant être utilisés sont notamment, par exemple, le téléphone, la vidéoconférence, la télécopie et le courriel;

e) Lorsqu'une communication est nécessaire et est utilisée de manière appropriée, toutes les personnes impliquées dans la procédure d'insolvabilité internationale et affectées par la procédure peuvent y trouver avantage.

159. Plusieurs affaires illustrent comment la communication entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité a facilité la coordination de procédures multiples et a assuré un règlement plus rapide de la masse de l'insolvabilité.

160. Dans l'affaire *Maxwell Communications*[52], les tribunaux de New York et d'Angleterre ont, chacun de son côté, soulevé avec le représentant légal des parties dans chaque pays la possibilité de négocier un accord international pour faciliter la coordination de deux séries de procédure. Chacun des tribunaux a désigné un facilitateur et plusieurs points difficiles ont ainsi pu être réglés[53].

---

[50] Un rapport sur la réunion peut être consulté aux adresses http://www.uncitral.org/pdf/english/news/SecondJC.pdf et www.insol.org. Le Colloque a eu lieu à la Nouvelle-Orléans les 22 et 23 mars 1997. Voir également le rapport de la CNUDCI dans le document A/52/17, par. 17 à 22.

[51] Cela est aujourd'hui prévu expressément dans le Règlement des différends, par exemple à la règle 2002 q) 2) de la United States Federal Rules of Bankruptcy Procedure.

[52] *Maxwell Communication Corporation plc*, 93 F.3d 1036, 29 Bankr Ct. Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.) 21 août 1996) (n° 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076, 95-5084), et Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol Maxwell Communication plc entre United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, affaire n° 91 B 15741 (15 janvier 1992), et High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, affaire n° 0014001 de 1991 (31 décembre 1991).

[53] Voir également *Olympia and York Developments Ltd*, Cour de justice de l'Ontario, Toronto, affaire n° B125/92 (26 juillet 1993), et United States Bankruptcy Court for the Southern District

161. Dans d'autres cas, il a été organisé des conférences par téléphone et des vidéoconférences avec les juges et les représentants légaux des parties de chaque pays. Dans une affaire de 2001, il a été organisé une audience conjointe par vidéoconférence des juges des États-Unis d'Amérique et du Canada et des représentants de toutes les parties dans chacun des deux pays. Du point de vue de la procédure, l'audience a été menée simultanément. Chaque juge a entendu les moyens de fond invoqués au sujet des questions dont il était saisi avant de statuer. Les parties et le juge de l'autre pays pouvaient voir et entendre les arguments développés à l'audience dans l'autre pays, mais pas prendre une part active à cette partie de l'audience.

162. À l'issue des plaidoiries devant chaque tribunal (et avec le consentement des parties), les deux juges ont suspendu l'audience pour s'entretenir en privé (par téléphone), après quoi l'audience conjointe a repris et chaque juge a rendu les ordonnances appropriées dans la partie de la procédure le concernant. Un juge a confirmé que les deux s'étaient entendus sur la décision finale, mais il est clair que chaque juge n'est parvenu indépendamment à ses propres conclusions que sur la partie de la procédure dont il était directement chargé[54].

163. Il ressort des informations communiquées par ceux qui ont participé à de telles audiences que la valeur de la masse s'est considérablement accrue pour les créanciers grâce aux informations obtenues par chacun des tribunaux au sujet du déroulement de la procédure dans l'autre pays, la procédure ayant ainsi pu être coordonnée de manière à servir au mieux les intérêts des créanciers.

164. Un autre exemple de coopération est l'échange de correspondance contenant les demandes d'assistance émanant de l'un des tribunaux et les réponses à ces demandes. Dans l'affaire *Perpetual Trustee Company Ltd* c. *Lehman Bros. Special Financing Inc.*[55], un tribunal anglais a été amené, à la suite d'une série de demandes, à répondre au tribunal des États-Unis pour expliquer les mesures et décisions adoptées en Angleterre et a invité le juge américain à s'abstenir de rendre des ordonnances formelles pouvant aller à l'encontre de celles rendues en Angleterre en attendant de nouvelles communications pour le cas où des décisions pourraient être contradictoires[56].

165. La coopération peut également être facilitée par des accords internationaux par lesquels les parties et les représentants désignés par le tribunal, le cas échéant, se tiennent en contact pour coordonner la procédure d'insolvabilité[57].

166. L'article 26, relatif à la coopération internationale entre les personnes chargées d'administrer les biens des débiteurs insolvables, montre le rôle important que

---

of New York, affaire n° 92-B-42698-42701 (15 juillet 1993) (Motifs de la décision de la Cour de justice de l'Ontario Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

54 Procès-verbal de la conférence de mise en état dans *PSI-Net* (United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York et Cour supérieure de justice de l'Ontario), 26 septembre 2001.

55 [2009] EWHC 2953, par. 12 à 23.

56 Ibid., par. 41 à 50. [Voir les décisions en sens contraire dans les affaires *Lehman*: par exemple *Lehman Bros Special Finance Inc.* c. *BNY Corporate Trust Services* 422 BR 407 (2010).]

57 Pour des exemples d'utilisation de cette méthode, voir Guide pratique de la CNUDCI, chap. II, par. 2 et 3. Cette méthode a été utilisée dans les affaires *Maxwell*, *Matlack* et *Nakash*, notamment.

peuvent jouer ces personnes dans la conception et l'exécution d'arrangements internationaux, dans les limites de leur autorité. La disposition indique clairement qu'un administrateur d'insolvabilité agit sous le contrôle général du tribunal compétent. La possibilité pour le tribunal d'encourager la conclusion d'accords internationaux pour faciliter la coordination des procédures est un exemple d'application du principe de "coopération"[58].

167. En 2000, l'American Law Institute a élaboré des Principes directeurs concernant la coopération de tribunal à tribunal[59] dans le cadre de ses travaux sur l'insolvabilité internationale dans les pays parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Une équipe de juges, de juristes et d'universitaires des trois pays parties à l'Accord, le Canada, les États-Unis et le Mexique, ont travaillé ensemble sur ce projet. Les Principes directeurs ont pour but d'encourager et de faciliter la coopération dans les affaires internationales. Ils ne sont pas censés modifier ou altérer de quelque manière que ce soit des règles ou procédures de droit interne qui s'appliquent dans un pays quelconque, ni affecter ou limiter les droits que peut invoquer toute partie dans les procédures intentées devant les tribunaux. Les Principes directeurs ont été approuvés par un certain nombre de tribunaux de différents pays et utilisés dans plusieurs affaires internationales[60].

168. Il existe, en matière de coopération, une différence importante entre la Loi type de la CNUDCI et le Règlement CE. Celui-ci ne contient aucune disposition concernant les communications de tribunal à tribunal, mais stipule plutôt que les syndics dans des procédures aussi bien principale que secondaires ouvertes dans un État Membre sont tenus "d'un devoir d'information réciproque" et d'un "devoir de coopération réciproque" et dispose que le syndic d'une procédure secondaire "doit en temps utile permettre au syndic de la procédure principale de présenter des propositions" sur cette procédure ou sur toute utilisation des actifs de la procédure secondaire[61].

3. Coordination

169. Les articles 28 et 29 ont trait aux procédures concurrentes et plus particulièrement à l'ouverture d'une procédure locale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale et à la façon dont les mesures de protection doivent être adaptées pour garantir la cohérence des procédures concurrentes.

170. L'article 28 prévoit, conjointement avec l'article 29, que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure

---

[58] Loi type de la CNUDCI, art. 26, par. 1 et 2 (ainsi que toute autre loi nationale régissant les aspects pratiques de la coopération).

[59] Disponible dans 13 langues à l'adresse: http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/?task=viewcategory&catid=394 [site consulté le 4 juin 2010].

[60] Un exemple d'accord international entériné par les tribunaux de l'Ontario et du Delaware est celui qui a été conclu dans l'affaire *Matlack Inc.*, Cour supérieure de justice de l'Ontario, affaire n° 01-CL-4109, et Tribunal des faillites des États-Unis pour le District du Delaware, affaire n° 01-01114 (2001). Cet exemple montre comment les Principes directeurs de l'American Law Institute ont été adaptés dans la pratique. Les Principes directeurs ont également été appliqués dans plusieurs accords concernant des affaires d'insolvabilité internationale; voir les résumés des affaires à l'annexe I du Guide pratique de la CNUDCI.

[61] Règlement CE, art. 31.

d'insolvabilité locale à l'encontre du même débiteur à condition que ce débiteur ait des biens dans l'État.

171. D'ordinaire, la procédure locale envisagée dans l'article porterait uniquement sur les biens situés dans l'État où la procédure est ouverte. Dans certains cas, cependant, la procédure d'insolvabilité locale ne pourra être administrée comme il convient que si elle englobe certains avoirs situés à l'étranger, surtout lorsque aucune procédure étrangère n'est nécessaire ou disponible dans l'État où se trouvent les biens du débiteur[62]. Pour qu'une telle procédure locale puisse s'étendre de façon limitée aux biens situés dans un autre État, l'article 28 prévoit que les effets de la procédure s'étendent, dans la mesure nécessaire, aux autres biens du débiteur qui, en vertu de la législation de l'État adoptant, devraient être administrés dans cette procédure.

172. L'article 28 prévoit deux restrictions concernant l'extension possible des effets d'une procédure locale aux biens situés à l'étranger:

a) Cette extension est possible "dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25, 26 et 27"; et

b) Les biens situés à l'étranger doivent être administrés dans l'État adoptant "en vertu de la loi [de cet État]".

Ces restrictions mettent en relief le fait que toute procédure locale d'insolvabilité instituée après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale ne peut porter que sur les biens du débiteur qui se trouvent dans l'État où la procédure locale a été ouverte, sous réserve seulement de la nécessité d'encourager la coopération et la coordination en ce qui concerne la procédure étrangère principale.

173. L'article 29 donne des indications au tribunal ayant à connaître d'affaires où le débiteur fait l'objet à la fois d'une procédure étrangère et d'une procédure locale. Le principe essentiel consacré dans cet article est que l'ouverture d'une procédure locale n'empêche ni ne fait cesser la reconnaissance d'une procédure étrangère. Ce principe est fondamental pour la réalisation des objectifs de la Loi type de la CNUDCI dans la mesure où il autorise le tribunal de l'État adoptant à accorder des mesures, en toutes circonstances, en faveur de la procédure étrangère.

174. Cependant, l'article 29 consacre la primauté de la procédure locale sur la procédure étrangère, et ce de plusieurs façons:

a) Toute mesure pouvant être accordée en faveur de la procédure étrangère doit être conforme à la procédure locale[63];

b) Toute mesure qui a déjà été accordée en faveur de la procédure étrangère doit être réexaminée et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure locale[64];

---

[62] Par exemple lorsqu'un établissement local a une usine dans un pays étranger; lorsqu'il est possible de vendre les biens du débiteur dans l'État adoptant et ses avoirs à l'étranger en tant qu'"entreprise"; ou lorsque des biens situés dans l'État adoptant ont été frauduleusement transférés à l'étranger.

[63] Loi type de la CNUDCI, art. 29, alinéa a) i).

[64] Ibid., art. 29, alinéa b) i).

c) Si la procédure étrangère est une procédure principale, les effets automatiques découlant de l'article 20 doivent être modifiés ou levés s'ils ne sont pas conformes à la procédure locale[65];

d) Lorsqu'une procédure locale est en cours au moment où une procédure étrangère est reconnue comme procédure principale, la procédure étrangère ne bénéficie pas des effets automatiques de l'article 20[66].

175. L'article 29 évite d'établir une hiérarchie rigide entre les procédures dans la mesure où cela gênerait inutilement la possibilité pour le tribunal de coopérer et d'exercer son pouvoir d'appréciation au titre des articles 19 et 21.

176. L'alinéa c) de l'article 29 incorpore le principe selon lequel une mesure accordée en faveur d'une procédure étrangère non principale doit être limitée aux biens devant être administrés dans cette procédure non principale ou doit concerner les informations requises dans cette procédure. Ce principe est exprimé aussi au paragraphe 3 de l'article 21 et énoncé de nouveau à l'article 29 afin de bien insister sur la nécessité de l'appliquer aux fins de la coordination de procédures locale et étrangère.

177. L'article 30 traite des cas où le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans plus d'un État étranger et où les représentants étrangers de plus d'une procédure étrangère demandent une reconnaissance ou des mesures dans l'État adoptant. La disposition s'applique, que la procédure d'insolvabilité soit ou non en cours dans l'État adoptant. Si, outre les deux ou plusieurs procédures étrangères, il y a une procédure dans l'État adoptant, le tribunal doit se conformer aux articles 29 et 30.

178. L'objectif de l'article 30 est analogue à celui de l'article 29. Il a pour but de faciliter la coopération grâce à une coordination appropriée. La cohérence des approches à suivre est assurée par une adaptation appropriée des mesures à accorder ou par la modification ou la levée des mesures déjà accordées.

179. Contrairement à l'article 29 (qui, par principe, donne la primauté à la procédure locale), l'article 30 donne la préférence à la procédure étrangère principale, le cas échéant. Lorsqu'il y a plusieurs procédures étrangères non principales, la disposition ne donne pas la préférence, a priori, à l'une quelconque d'entre elles. La priorité à accorder à la procédure étrangère principale trouve son expression dans la condition que toute mesure en faveur d'une procédure étrangère non principale (qu'elle ait déjà été accordée ou non) doit être conforme à la procédure étrangère principale[67].

180. Les mesures accordées en application de l'article 30 peuvent être levées ou modifiées si une autre procédure étrangère non principale est reconnue après le prononcé de l'ordonnance. Une ordonnance levant ou modifiant des mesures déjà accordées ne peut être adoptée que si elle a pour but "de faciliter la coordination des procédures"[68].

---

[65] Ibid., art. 29, alinéa b) ii). Ces effets automatiques ne prennent pas fin automatiquement étant donné qu'ils peuvent être bénéfiques et que le tribunal peut souhaiter les maintenir.

[66] Ibid., art. 29, alinéa a) ii).

[67] Ibid., art. 30, alinéa a) et b).

[68] Ibid., art. 30, alinéa c).

181. Des règles particulières, en cas de procédures concurrentes, sont applicables en ce qui concerne le paiement des dettes.

182. La règle énoncée à l'article 32 (parfois appelée règle "fourre-tout") est une sauvegarde utile dans un régime juridique pour la coordination et la coopération dans l'administration des procédures d'insolvabilité internationale. L'objectif est d'éviter le cas où un créancier pourrait bénéficier d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de même rang en obtenant paiement de sa créance dans plusieurs procédures menées simultanément dans différentes juridictions à l'encontre du même débiteur.

183. Par exemple, un créancier dont la créance n'est pas garantie a récupéré 5 % de son montant dans une procédure d'insolvabilité étrangère; ce créancier participe également à la procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, où le taux de distribution est de 15 %; pour qu'il soit dans une position égale à celle des autres créanciers dans l'État adoptant, il recevra dans ce dernier 10 % du montant de sa créance. Implicitement, l'article 32 autorise le tribunal de renvoi à rendre des ordonnances pour donner effet à cette règle.

184. L'article 32 n'affecte pas le rang des créances fixé par la législation de l'État adoptant et vise uniquement à établir une égalité de traitement entre les créanciers de même rang. Dans la mesure où les créanciers ayant des créances assorties d'une sûreté ou ayant des droits réels obtiennent pleine satisfaction (ce qui dépend de la législation de l'État où est menée la procédure), ils ne sont pas lésés par la disposition.

185. L'expression "créances assorties de sûretés"[69] vise généralement des créances garanties par des avoirs particuliers, alors que l'expression "droits réels" vise les droits relatifs à un bien particulier et opposables à des tiers. Tel ou tel droit peut correspondre aux deux expressions, selon la classification et la terminologie de la loi applicable. L'État adoptant peut employer un ou plusieurs autres termes pour exprimer ces notions.

---

[69] Voir la définition de la "créance garantie" au paragraphe 12 o) du Guide législatif de la CNUDCI.

Annexe

Références des affaires citées

Atlas Shipping A/S
404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y., avril 2009)

Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd
374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y., septembre 2007) [CLOUT, décision n° 760]
En appel, 389 B.R. 325 (Bankr. S.D.N.Y., mai 2008) [CLOUT, décision n° 794]

Betcorp Ltd (in liquidation)
400 B.R. 266 p. 284 (Bankr. D. Nev 2009) [CLOUT, décision n° 927]

British American Insurance Co Ltd
425 B.R. 884 (2010) [CLOUT, décision n° 1008]

Condor Insurance Limited, Fogarty c. *Petroquest Resources Inc.*
601 F.3d 319, 2010 WL 961613 (5th Cir. 2010) [CLOUT, décision n° 1007]

Ephedra Products Liability Litigation
349 B.R. 333 (Bankr. S.D.N.Y. 2006); [CLOUT, décision n° 765]

Eurofood IFSC Ltd
[2006] Ch 508 (CEJ)

Fairfield Sentry Limited, et al
Affaire n° 10-13164, United States Bankruptcy Court, Southern District of New York, 22 juillet 2010

Gold & Honey, Ltd
410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009); [CLOUT, décision n° 1005]

HIH Casualty and General Insurance Ltd
[2005] EWHC 2125; [2006] EWCA Civ 732 (premier appel)

McGrath c. *Riddell [2008] UKHL 21*

Metcalfe and Mansfield Alternative Investments, et *al*
421 B.R. 683 (Bankr. S.D.N.Y., janvier 2010); [CLOUT, décision n° 1006]

Yuval Ran, Lavie c. *Ran*
607 F. 3d 1017 (5th Cir. 2010)

Rubin c. *Eurofinance SA*
[2009] EWHC 2129; en appel [2010] EWCA CIV 895

SPhinX Ltd
371 B.R. 10 (Bankr. S.D.N.Y., juillet 2007) [CLOUT, décision n° 768]

Stanford International Bank Ltd
[2009] EWHC 1441 (Ch) [CLOUT, décision n° 923], en appel [2010] EWCA Civ 137 [CLOUT, décision n° 1004]

Tricontinental Exchange Ltd
349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006) [CLOUT, décision n° 766]

E. Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale – compilation des commentaires reçus des gouvernements (A/CN.9/733 et Add.1)

[Original: espagnol]

Conformément au mandat que lui a confié la Commission, le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a examiné à sa trente-neuvième session (Vienne, 6-10 décembre 2010) un projet de textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/715, par. 110 à 116). À cette session, il a invité les États à faire part de leur expérience de la Loi type dans des commentaires qui seraient présentés au Secrétariat en vue de leur prise en compte éventuelle dans l'élaboration d'un projet révisé (voir A/CN.9/715, par. 116). Le Secrétariat a également encouragé les États à envoyer des commentaires sur lesdits textes pour que ceux-ci puissent être finalisés et adoptés à la quarante-quatrième session de la Commission en 2011 (voir point 5 de l'ordre du jour). On trouvera en annexe à la présente note la traduction des commentaires tels qu'ils ont été reçus par le Secrétariat.

Annexe

Commentaires reçus des gouvernements sur les textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Mexique

[Commentaires reçus le 14 avril 2011]
[Original: espagnol]

Le Gouvernement mexicain approuve le contenu des textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui est conforme aux grandes lignes que le Mexique a formulées et présentées devant la Commission.

Dès lors que les textes en question ne lient pas les États membres – en d'autres termes, ils ne donnent pas d'instructions aux juges sur la manière dont ils doivent traiter les demandes de reconnaissance de procédures étrangères –, ils ne suscitent aucune observation majeure. En particulier, comme l'indique le paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.97 (section A, intitulée "Objet et portée"), ils se limitent à juste titre à fournir "des indications générales sur les questions que le juge voudra peut-être prendre en considération à la lumière des intentions des rédacteurs de la Loi type et de l'expérience acquise par ceux qui y ont eu recours dans la pratique".

Espagne

[Commentaires reçus le 4 avril 2011]
[Original: espagnol]

Avant d'entrer dans le détail des commentaires, le Gouvernement espagnol tient à féliciter la CNUDCI et, en particulier, les membres du Secrétariat pour la tâche accomplie. Le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses deux additifs constituent un excellent travail, qui vient accroître les instruments que la Commission propose à la communauté internationale dans le domaine de l'insolvabilité, et ce à un moment particulièrement important, en raison de la contraction généralisée du crédit et de ses conséquences. Plus particulièrement, les textes relatifs aux aspects judiciaires sur lesquels portent les présents commentaires, associés à la Loi type, au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Guide législatif) et au Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Guide pratique), permettent d'achever une partie de l'édifice que forment les documents utiles pour faciliter la réforme générale des régimes de l'insolvabilité dans les différents pays.

À titre d'observation générale, il convient de féliciter le Secrétariat pour l'approche judiciaire que le document A/CN.9/WG.V/WP.97 adopte d'un bout à l'autre. Ce point mérite d'être souligné car le document réussit à ne pas compromettre l'indépendance judiciaire. Autrement dit, il parvient à présenter les interprétations dont certains aspects de la Loi type ont fait l'objet au sein de certains tribunaux, tout en précisant que, dans d'autres systèmes juridiques, la solution retenue pourrait être différente. La seule proposition pouvant éventuellement être avancée dans ce contexte, en raison de son caractère (sans doute) quelque peu excessif, serait la suppression de la dernière phrase du paragraphe 40, dont certains pourraient penser qu'elle dépasse les limites proposées pour le document.

À titre de seconde observation générale, le lien entre le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et les précédents, à savoir les dispositions de la Loi type, le Guide législatif ou le Guide pratique, semble tout à fait adéquat.

C'est précisément de ce lien que découlent, selon nous, les principales observations concernant le document A/CN.9/WG.V/WP.97 et ses additifs. Ces observations valent bien entendu pour la version espagnole (à laquelle elles se réfèrent pour l'essentiel, comme on le verra plus loin). Force est toutefois de constater que, parfois, certaines expressions anglaises devraient être alignées, par exemple, sur la terminologie du Guide pratique. Ainsi, au paragraphe 64, les mots "members of groups of companies" pourraient être remplacés par "members of enterprise groups", expression plus couramment employée dans le Guide pratique. Il s'agit certes d'un point relativement mineur (et discutable). Cependant, une harmonisation entre les documents anglais (qui emploieraient la même terminologie) favoriserait la même harmonisation dans les autres langues. Il serait donc peut-être bon de se livrer à un exercice de "concordance formelle" qui, indépendamment de sa portée, pourrait être particulièrement bienvenu.

S'agissant toujours de la terminologie employée dans la version anglaise – les précédents n'étant toutefois pas concernés car cette terminologie n'y figure pas –, l'adjectif "substantive" employé pour qualifier "powers" dans le titre du

chapitre II.B.3 nous semble quelque peu malencontreux. Il conviendrait peut-être de le supprimer.

Les (quelques) observations restantes ont trait au fait qu'il conviendrait d'harmoniser dans la version espagnole la traduction de certains termes anglais. Concrètement, étant donné que l'utilisation des outils de recherche simplifie les choses, il conviendrait de dire "*bienes y derechos*" lorsque la version anglaise parle de "assets", ou encore "*entidad*" ou "*compañía*" lorsque l'anglais écrit "company" ou "corporation". Par conséquent, le terme "corporate debtor" se traduira toujours par "*entidad deudora*" ou "*compañía deudora*" (voir notamment les paragraphes 34, 59 et 75). De même, on dira "*entidad fantasma*" ou "*compañía fantasma*", mais non "*empresa fantasma*" (par. 85), et "*entidad filial*" ou "*compañía filial*" (par. 82). Il en va de même de l'opposition au paragraphe 67 dans laquelle il faut dire "(*social o individual*)" pour se référer au débiteur.

Au paragraphe 59, il ne faut pas employer la préposition "*contra*" pour se référer au débiteur car elle dénature la procédure d'insolvabilité (la préposition entre guillemets pourrait être remplacée par "*en relación a*", ou une expression analogue).

Pour la définition du terme "représentant de l'insolvabilité", il conviendrait de reproduire celle qui figure dans le Guide législatif ou dans le Guide pratique.

La deuxième phrase du paragraphe 61 n'est peut-être pas très heureuse et gagnerait à être revue.

Enfin, le nom du tribunal est parfois traduit en note de bas de page. Cette pratique (la traduction des noms de tribunaux) risque peut-être d'apporter davantage de confusion que de clarté. On pourrait procéder comme dans le Guide pratique: les affaires pourraient être citées sous une forme abrégée, et seraient ensuite décrites en détail à la fin du document (la présente remarque vaut évidemment pour la version anglaise et les autres langues).

A/CN.9/733/Add.1 (Original: espagnol)

Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale – compilation des commentaires reçus des gouvernements

Annexe

Commentaires reçus des gouvernements sur les textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Argentine

[Commentaires reçus le 17 mai 2011]
[Original: espagnol]

En ce qui concerne l'analyse des textes relatifs aux aspects judiciaires, nous sommes favorables à l'application de la législation de l'État dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori*) pour déterminer si le représentant étranger est autorisé à agir comme représentant de la liquidation ou du redressement du débiteur.

Le principe de "reconnaissance", fondé sur l'économie de procédure et couramment appliqué dans de tels cas, vise à éviter de longues procédures en favorisant un règlement rapide de la demande de reconnaissance. Il est donc raisonnable que le tribunal n'examine pas si la procédure étrangère a été ouverte conformément à la législation applicable, puisque dans le cadre de la coopération juridique internationale on n'examine pas précisément la législation applicable; au contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère ne peut être refusée que si elle va manifestement à l'encontre de l'ordre public international de l'État où se trouve le tribunal requis, ce qui constitue une exigence matérielle, fondamentale, substantielle. Il convient de souligner que nous sommes partisans d'une conception d'un ordre public international fondé sur les principes fondamentaux des règles régissant les affaires internationales, qui diffère des règles impératives du droit interne et ne peut se réduire aux seules garanties constitutionnelles, bien qu'il les inclue. Les textes examinés dénotent un esprit de large coopération (la coopération et la coordination sont effectivement des éléments fondamentaux de la Loi type à l'examen) et l'exception d'ordre public international invoquée par l'État adoptant doit donc être interprétée de manière restrictive et invoquée seulement à titre exceptionnel.

Il est bon également que le représentant étranger informe le tribunal de toute autre procédure étrangère dont il a connaissance concernant le même débiteur, eu égard au principe susmentionné d'économie de procédure, qui suppose la prise en compte d'obstacles tels que la litispendance internationale, surtout en matière d'insolvabilité dans le cadre d'une procédure universelle.

Nous nous félicitons de la définition de l'établissement du débiteur (toujours difficile à traiter, rappelons par exemple l'article 6 du projet de code de droit

international privé argentin, n° 2016-D-04), aux fins de déterminer si une procédure est non principale, comme tout lieu d'opérations où celui-ci exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services. De même, il est logique de définir la procédure principale (sur la base du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, qui porte cependant sur la compétence et non sur la coopération) comme celle ouverte dans l'État où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur qui, dans le cas d'une personne physique, équivaut à sa résidence habituelle, sauf preuve contraire.

Il nous semble tout à fait opportun qu'il n'y ait pas d'exigence de réciprocité. Rappelons que notre loi n° 24522 sur la faillite prévoit en son article 4 la réciprocité, ce qui a suscité la critique. Nous mentionnerons la brillante opinion de Mme Aída Kemelmajer de Carlucci en l'affaire *Sabate Sas S.A.*, arrêt n° 20541/42086, arrêt n° 41030 Covisan S.A., concurso preventivo, cassation (Cour suprême de Mendoza, Chambre I, 28 avril 2005; Sabate Sas S.A. in Covisan S.A. (La Ley, 29 juillet 2005, éd. 214-372). Voir Uzal, María Elsa, *Apostillas sobre la reciprocidad en el artículo 4 de la ley de concursos, las transferencias de fondos y la prueba del derecho extranjero* (La Ley, 8 juillet 2005); Salort de Ochansky, Gabriela, *El criterio de la reciprocidad, la carga de su prueba y las facultades judiciales* (La Ley, 29 juillet 2005); Soto, Alfredo Mario, *Una sentencia en homenaje a los 70 años del uso jurídico* (El derecho, éd. 214-383, 2005)), où elle montre que ce principe découle de la théorie du *comitas gentium* ou courtoisie internationale de l'école hollandaise et flamande des XVIIe et XVIIIe siècles (Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, p. 72, 9e éd., Buenos Aires, Lexis Nexis Desalma, 2002). Il s'agit d'une application du droit de rétorsion qui, selon la plupart des auteurs, est considérée comme inappropriée.

En ce qui concerne les exigences formelles de la coopération, les textes examinés établissent la présomption d'authenticité des documents, qu'ils soient authentifiés ou non, ce qui semble en accord avec l'intégration et la mondialisation de notre temps.

En ce qui concerne la possibilité pour le tribunal requis de tenir compte d'un abus de procédure, notamment la recherche illégitime du for le plus favorable, les textes étudiés suggèrent d'invoquer l'ordre public pour refuser la reconnaissance. Nous estimons cependant que la situation s'apparente moins à l'exception d'ordre public qu'à la fraude et à l'abus, obstacles ou limites tirés de la manipulation des faits pour faire valoir un droit et échapper ainsi au but poursuivi par le législateur (voir Soto, Alfredo Mario, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Estudio, 2009).

La Loi type habilite les tribunaux à communiquer directement (par télécopie, courrier électronique, vidéo, téléphone...) avec le tribunal étranger ou le représentant étranger, sans devoir demander de commission rogatoire. Il serait souhaitable d'examiner cette possibilité dans notre droit positif en tenant compte de la nécessité de disposer de moyens rendant la coopération plus efficace en vue d'une reconnaissance effective, tout en sauvegardant les intérêts des parties.

En résumé, pour les raisons mentionnées ci-dessus, nous considérons le texte sur les aspects juridiques comme un élément important pour l'incorporation puis l'application possibles en Argentine de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

V. RÈGLEMENT DES LITIGES EN LIGNE

A. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010) (A/CN.9/716)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-5
II.	Organisation de la session	6-11
III.	Délibérations et décisions	12
IV.	Élaboration de normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique	13-114
	A. Remarques générales	14-23
	B. Exemples de modèles et systèmes de règlement des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 5 à 10)	24-30
	C. Normes sur le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 11 à 18)	31-34
	D. Questions qui pourraient être examinées (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 19 à 90)	35-114
V.	Travaux futurs	115-117

I. Introduction

1. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les propositions tendant à inscrire à son programme de travail futur la question du règlement des litiges en ligne[1]. À ses trente-quatrième[2] (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001) et trente-cinquième[3] (New York, 17-28 juin 2002) sessions, elle a décidé de poursuivre, dans ses travaux futurs concernant le commerce électronique, les recherches et les études sur la question du règlement des litiges en ligne. Elle a également décidé que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) coopérerait avec le Groupe de travail IV (Commerce électronique) s'agissant des travaux qui

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 385.

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 287 et 311.

[3] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 180 et 205.

pourraient être entrepris à l'avenir dans ce domaine. De ses trente-neuvième (New York, 19 juin-7 juillet 2006) à quarante et unième (New York, 16 juin-3 juillet 2008) sessions, la Commission a pris note des suggestions tendant à ce que la question du règlement des litiges en ligne soit maintenue sur la liste des questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs[4].

2. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a été saisie d'une recommandation l'invitant à réaliser une étude sur les travaux futurs qui pourraient être entrepris sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, afin de déterminer quels types de litiges relatifs au commerce électronique se prêteraient à des mécanismes de règlement en ligne, s'il serait utile d'élaborer des règles de procédure pour le règlement des litiges en ligne et s'il serait possible ou souhaitable de tenir une base de données unique de prestataires agréés de services de règlement des litiges en ligne, ainsi que d'examiner la question de l'exécution des sentences rendues à l'issue d'un processus de règlement des litiges en ligne dans le contexte des conventions internationales pertinentes[5].

3. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur la question du règlement des litiges en ligne, dans laquelle étaient résumées les discussions d'un colloque organisé conjointement par le Secrétariat, le Pace Institute of International Commercial Law et la Penn State Dickinson School of Law (A/CN.9/706)[6]. La Commission était également saisie d'une note soumise par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne, reproduite dans le document A/CN.9/710.

4. À cette session, après discussion, la Commission est convenue qu'un groupe de travail devrait être créé pour entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment entre entreprises et entre entreprises et consommateurs[7]. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que le sujet aurait été examiné plus avant.

5. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.III/WP.104, aux paragraphes 5 à 11, un historique détaillé de l'examen par la Commission des travaux menés actuellement par le Groupe de travail.

---

[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 183, 186 et 187; *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 177; et *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 316.

[5] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 338, et A/CN.9/681/Add.2, par. 4.

[6] Le colloque, intitulé "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader (Consumer and Merchant)" [Regard nouveau sur le règlement des litiges en ligne et le commerce électronique mondial: vers un système de réparation pratique et juste pour les acteurs du commerce du XXIe siècle (consommateurs et commerçants)] s'est tenu à Vienne les 29 et 30 mars 2010.

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-deuxième session à Vienne du 13 au 17 décembre 2010. Ont assisté à cette session les représentants des États membres suivants: Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Bolivie (État plurinational de), Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Philippines, République de Corée, République tchèque, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Équateur, Indonésie, Panama, Slovaquie, Slovénie, Soudan et Yémen.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Organisations intergouvernementales invitées*: Commission européenne;

b) *Organisations non gouvernementales internationales invitées*: American Bar Association (ABA), Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC), Association américaine de droit international privé (ASADIP), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Business Software Alliance (BSA), Center for International Legal Education (CILE), Centre de recherche en droit public (CRDP), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Cour d'arbitrage de Madrid, European Legal Studies Institute, Institut de droit et de technologie (Université Masaryk), Institut de droit commercial (Penn State Dickinson School of Law), Institut de droit commercial international de la Pace University, Institut national américain de normalisation (ANSI) et Internet Bar Association (IBO).

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

Président: M. Soo-Geun OH (République de Corée)

Rapporteur: M. Tunde BUSARI (Nigéria)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.104); et

b) Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique (A/CN.9/WG.III/WP.105).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de l'élaboration de normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

12. Le Groupe de travail a procédé à l'examen de l'élaboration de normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique sur la base du document A/CN.9/WG.III/WP.105. Il est rendu compte à la section IV ci-après de ses délibérations et décisions sur ces points.

IV. Élaboration de normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique

13. Le Groupe de travail a examiné les normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne sur la base du document A/CN.9/WG.III/WP.105 et d'autres documents qui y sont mentionnés.

A. Remarques générales

14. Le Groupe de travail a rappelé le mandat que lui avait confié la Commission, aux termes duquel ses travaux sur la question devaient porter sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs[8].

15. En réponse à une question sur le lien entre le règlement des litiges en ligne et les travaux du Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation, il a été expliqué qu'il n'y avait pas de chevauchement entre les travaux du Groupe de travail III et l'un quelconque des travaux en cours du Groupe de travail II, qui examinait actuellement la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et pourrait être amené à se pencher ensuite sur des questions relevant de l'arbitrage commercial international. Il a été indiqué que le règlement des litiges en ligne soulevait des questions différentes, liées en particulier à la nécessité de régler rapidement des différends portant sur de faibles montants et de gros volumes, découlant principalement d'opérations effectuées au moyen de communications électroniques, et que pour cette raison la Commission avait jugé approprié de confier à un groupe de travail distinct le sujet du règlement des litiges en ligne.

16. De l'avis général, il n'y avait pas de norme internationalement reconnue sur le règlement des litiges en ligne et il existait un besoin de régler de manière pratique, rapide, efficace et économique les différends découlant du grand nombre d'opérations de faible valeur effectuées entre entreprises et entre entreprises et consommateurs dans le monde entier. À cet égard, de nombreuses délégations ont exprimé l'avis que les mécanismes traditionnels de règlement des différends, notamment les procès, trop coûteux et trop fastidieux par rapport au montant de l'opération, ne convenaient pas à ce type de litiges. Il a également été dit que l'exécution internationale des sentences était difficile voire impossible, compte tenu

---

[8] Ibid.

de l'absence de traités prévoyant une telle exécution s'agissant des opérations entre entreprises et consommateurs.

17. Il a été généralement convenu que toute norme envisagée par le Groupe de travail devrait se conformer, le cas échéant, aux normes existantes de la CNUDCI en matière d'arbitrage, de conciliation et de commerce électronique.

18. Il a été indiqué que les niveaux de connaissance et d'expérience en matière de commerce électronique et de règlement des litiges en ligne variaient considérablement d'un État à l'autre et que les travaux entrepris devraient en tenir compte. Il a été dit aussi que les recommandations du Groupe de travail sur le règlement des litiges en ligne devraient être souples pour tenir compte des situations propres aux différents États, notamment des différences de culture et de niveau de développement économique et du fait que la notion d'opération de "faible valeur" pouvait différer d'un État à l'autre.

19. Il a également été noté que la protection du consommateur était une importante considération d'ordre public, que la législation dans ce domaine était très spécifique dans les différents États et qu'il fallait prendre garde à ce que l'approche retenue en ce qui concerne le règlement des litiges en ligne ne diminue pas les droits du consommateur au niveau national. Le Groupe de travail a rappelé la décision de la Commission sur ce point[9].

20. Il a été estimé que la forme du produit des travaux (loi type, ensemble de règles, lignes directrices ou autre) pourrait être examinée ultérieurement, une fois réglées les questions de fond.

21. Sans préjudice de ce qui précède, il a été dit que quatre instruments étaient envisageables: des règles de procédure accélérée répondant aux exigences de régularité de la procédure; des normes d'accréditation des prestataires de services de règlement des litiges en ligne[10]; des principes de fond pour le règlement de litiges internationaux; et un mécanisme international d'application.

22. Une des difficultés mentionnées était la différence de langue entre les différents États et le fait que les utilisateurs de services de règlement des litiges en ligne devaient pouvoir communiquer efficacement dans leur propre langue durant la procédure. Une délégation a souligné qu'une nouvelle norme de communication en cours d'élaboration, E-Commerce Claims Redress Interchange (ECRI), faciliterait le dépôt de réclamations par les consommateurs puis le dialogue entre les parties dans un environnement multilingue.

23. D'autres questions ont été soulevées, notamment celle de savoir comment un système mondial de règlement des litiges en ligne serait financé (et si les États seraient disposés à le financer) et, dans le contexte de la mise en œuvre et de la validité de la convention d'arbitrage, si l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de

---

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 256.

[10] Le terme "prestataire de services de règlement des litiges en ligne" désigne un intermédiaire qui administre le processus et fournit une plate-forme de règlement des litiges en ligne permettant aux parties de régler leur différend suivant la méthode de leur choix. Voir A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 21.

New York)[11] serait appropriée et applicable aux cas de règlement des litiges en ligne aboutissant à une sentence arbitrale, lorsqu'ils concernent des consommateurs. Il a été fait référence aux obligations conventionnelles découlant de la Convention de New York.

B. Exemples de modèles et systèmes de règlement des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 5 à 10)

24. Le Groupe de travail a pris note des exemples fournis dans le document A/CN.9/WG.III/WP.105. Plusieurs délégations ont décrit des modèles nationaux et régionaux de règlement des litiges en ligne et leurs caractéristiques. Il a été expliqué que le réseau ICA était un mécanisme régional de traitement des réclamations de la région asiatique qui réglait avec succès des opérations de faible valeur entre entreprises et consommateurs. D'autres États ont également mentionné eConsumer.gov et ECC-Net, qui tenaient tous deux des listes de prestataires de services de règlement des litiges en ligne. D'autres modèles de règlement des litiges en ligne au niveau national ont été présentés en tant qu'exemples à suivre. Il a été dit que dans certains États, les magistrats locaux pouvaient engager une conciliation en cas de litige portant sur un faible montant, ce qui permettait souvent d'aboutir à un règlement et d'éviter un procès.

25. Un modèle de conciliation en plusieurs étapes a été présenté: une partie accédait à une page Internet et s'inscrivait; elle fournissait ensuite ses données personnelles puis exposait ses griefs, toutes ces informations étant encryptées; dans les cinq jours ouvrables, le prestataire de services de règlement des litiges en ligne informait la partie par courrier électronique de l'étape suivante du processus; suivait une journée d'audiences sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne, consistant en sessions virtuelles entre les parties et entre une partie et le conciliateur, le résultat de la procédure n'étant pas contraignant. Il a été dit qu'un des principaux avantages de cette procédure était d'être facilement accessible aux parties souhaitant y recourir.

26. Un autre modèle présenté (mentionné au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.III/WP.105) était celui du Centre international de règlement des différends (ICDR), division internationale de l'Association américaine d'arbitrage (AAA), qui avait mis en place un projet pilote de règlement en ligne des litiges entre fabricants et fournisseurs. Une procédure était engagée au moyen du WebFile de l'AAA, plate-forme en ligne permettant de soumettre une réclamation. Le défendeur avait 12 jours pour répondre et former une demande reconventionnelle, et le demandeur 12 autres jours pour répondre à cette dernière. Une négociation en ligne se tenait ensuite pendant 12 jours. À défaut d'accord, la phase d'arbitrage commençait. Un spécialiste (non juriste) était nommé comme arbitre, examinait l'affaire sur la base des documents soumis et rendait une sentence dans les 30 jours suivant sa nomination.

27. Il a été dit que dans quelques États, la "rétrofacturation", ou remboursement versé au consommateur par la société de carte de crédit lorsque l'opération contestée avait été effectuée par carte de crédit, permettait également de régler de

---

[11] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4735.

nombreux litiges. On a toutefois souligné que ce système ne fonctionnerait pas dans les pays où la législation n'imposait pas cette obligation de la société de carte de crédit envers le titulaire de la carte ni dans les cas où le paiement était effectué autrement que par carte de crédit (par exemple par virement, carte de débit ou chèque). Des études révélaient en outre que l'utilisation des cartes de crédit était en diminution dans le monde entier, alors que le recours au paiement mobile avait augmenté de façon spectaculaire.

28. À l'issue de la discussion, il a été noté que le règlement des litiges en ligne pourrait être envisagé en plusieurs phases: une phase de négociation, une phase de conciliation et une phase d'arbitrage.

29. Plusieurs délégations ont souligné qu'il importait d'inclure des mécanismes de traitement des réclamations et des labels de confiance dans le règlement des litiges en ligne. Il a été dit que le traitement des réclamations, la négociation et la conciliation étaient des méthodes de règlement amiable qui s'étaient avérées très efficaces. On a aussi noté que le Groupe de travail pourrait même s'inspirer utilement de modèles hautement spécialisés de règlement des litiges en ligne tels que ceux qui traitent des différends relatifs aux noms de domaine sur Internet. Outre le Better Business Bureau (BBB) et l'Euro-Label mentionnés au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.105, il a été dit que l'expérience de TRUSTe, autre label de confiance bien connu, pouvait être pertinente.

30. Des délégations ont souligné qu'il importait, dans le règlement des litiges en ligne, d'insister sur les phases de négociation et de conciliation, qui s'étaient révélées efficaces dans le règlement de la majorité des différends avant qu'ils ne donnent lieu à un arbitrage ou à un procès. On a donné l'exemple d'un mécanisme de traitement de réclamations sur eBay, qui examinait chaque année des millions d'affaires, dont un petit pourcentage seulement n'était pas réglé. On a également mentionné à cet égard la Résolution électronique des conflits pour les consommateurs (ECODIR), soulignant qu'elle facilitait la négociation entre acheteur et vendeur et enregistrait un taux de succès de 70 % sans intervention d'un médiateur, taux qui passait à 95 % dès qu'un médiateur intervenait dans le processus, ne laissant qu'un petit pourcentage d'affaires à soumettre à l'arbitrage. Il a été convenu que l'arbitrage était une composante nécessaire du règlement des litiges en ligne (puisque sans elle il ne pouvait y avoir de règlement définitif des affaires non réglées aux phases initiales) mais plusieurs délégations ont demandé instamment que dans tout système de règlement des litiges en ligne, la plupart des différends soient réglés avant la phase d'arbitrage, de sorte que l'arbitrage n'ait lieu que dans un petit pourcentage d'affaires qui ne pourraient être réglées par d'autres moyens.

C. Normes sur le règlement des litiges en ligne (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 11 à 18)

1. Normes existantes (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 11 à 16)

31. Le Groupe de travail a pris note du fait qu'il n'y avait pas de normes juridiques reconnues sur le règlement international des litiges en ligne.

32. On a proposé d'autres textes se référant aux principes fondamentaux de règlement des litiges en ligne que le Groupe de travail pourrait envisager: Équipe spéciale de l'American Bar Association sur le commerce électronique et les modes alternatifs de règlement des litiges: Meilleures pratiques recommandées pour les prestataires de services de règlement des litiges en ligne (Recommended best practices for online dispute resolution service providers)[12]; Rapport final et recommandations de l'Équipe spéciale de l'American Bar Association sur le commerce électronique et les modes alternatifs de règlement des litiges: Règlement des litiges dans le commerce électronique (Final Report and Recommendations of the American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce)[13]; Accord entre Consumers International et le Dialogue mondial des affaires sur le commerce électronique, modes alternatifs de règlement des litiges: Lignes directrices [Alternative Dispute Resolution Guidelines Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce ("GDBe-Consumers International Agreement")][14]; Chambre de commerce internationale, Règlement des litiges en ligne: Meilleures pratiques pour le règlement des litiges en ligne dans les opérations entre entreprises et consommateurs et dans les opérations entre consommateurs (Resolving disputes online, Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions 2003)[15]; Recommandation 98/257/CE de la Commission européenne du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation[16]; et Recommandation de la Commission européenne, du 4 avril 2001, relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation non couverts par la Recommandation 98/257/CE[17].

33. L'attention du Groupe de travail a aussi été appelée sur les délibérations du 11e Sommet annuel du Global Business Dialogue on e-Society tenu le 5 novembre 2009 à Munich (Allemagne) et sur un colloque sur le règlement des litiges en ligne et les consommateurs tenu les 2 et 3 novembre 2010 à Vancouver (Canada)[18].

2. Normes à l'examen (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 17 et 18)

34. Les propositions faites à l'Organisation des États américains (OEA) ont également été mentionnées afin d'éclairer et d'aider les délibérations futures du Groupe de travail. À cet égard, une délégation a demandé que le projet de convention sur la protection du consommateur et le choix de la loi, présenté dans le cadre de l'OEA, figure parmi les documents de référence du Groupe de travail. Certaines délégations étaient d'avis que les instruments régionaux n'étaient pas jugés pertinents dans une négociation internationale. Il a également été noté que le concept du "Bouton bleu" (par. 18 du document A/CN.9/WG.III/WP.105) n'était pas

---

12 www.abanet.org/dispute/documents/BestPracticesFinal102802.pdf.
13 www.abanet.org/dispute/documents/FinalReport102802.pdf.
14 www.gbd-e.org/pubs/ADR_Guideline.pdf.
15 www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/e-business/pages/ResolvingDisputesOnline.pdf
16 COM (1998) 198 final – *Journal officiel* L 115 du 17 avril 1998.
17 COM (2001) 161 – *Journal officiel* L 109 du 19 avril 2001.
18 www.odrandconsumers2010.org/.

en soi une proposition de règlement des litiges en ligne, même s'il constituait un instrument d'appui qui pourrait être utile dans l'élaboration de normes juridiques applicables au règlement des litiges en ligne.

D. Questions qui pourraient être examinées (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 19 à 90)

1. Définitions (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 19 à 23)

35. Certaines délégations, estimant que la définition du règlement des litiges en lignes figurant au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.105 était trop large, ont suggéré que le règlement des litiges en ligne se limite aux cas où les aspects procéduraux d'une affaire se déroulaient en ligne.

36. On a également noté que dans la mesure où la norme qui résulterait des présents travaux ne serait pas contraignante, une définition large conviendrait puisque les parties pourraient décider de l'utiliser ou non.

37. Plusieurs autres suggestions ont été formulées: il a été dit que l'expression "entièrement ou partiellement en ligne" était ambiguë et que le terme "partiellement" devrait être défini; que la définition devrait mettre l'accent sur les processus automatisés et rationnalisés rendus possibles par la technologie et souligner le caractère international des différends ainsi réglés; que la définition devrait établir une distinction entre le règlement des litiges en ligne et les modes traditionnels de règlement des différends utilisant les technologies de l'information et des communications; qu'il serait bon de prévoir également le recours à ces technologies dans les systèmes judiciaires traditionnels; qu'une définition large devrait tenir compte du règlement des litiges survenant hors ligne aussi bien que ceux dûs à des opérations en ligne.

38. Il a été largement convenu que toute définition devrait être suffisamment ouverte pour ne pas exclure les évolutions technologiques pertinentes qui pourraient survenir à l'avenir, et préserver le principe de la neutralité technologique.

39. On a proposé une série de questions qui, a-t-on dit, pourraient aider à préciser les paramètres du règlement des litiges en ligne en fournissant des informations telles que: le type de litige traité; les parties; si le différend était national ou international; le montant en jeu; si un tiers neutre interviendrait dans le règlement, si oui lequel et s'il serait rémunéré ou non; comment les parties communiquaient avec le tiers neutre et comment celui-ci aborderait le différend; le résultat final (consensus ou sentence); et l'effet de l'absence de résultat positif.

40. Il a été largement convenu qu'il serait bon de reporter l'examen d'une définition du règlement des litiges en ligne à un stade ultérieur des débats, lorsque les différents éléments du concept seraient mieux définis.

2. Portée des travaux (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 24 à 27)

41. Les délégations ont pris note du mandat confié au Groupe de travail par la Commission[19]. Il a également été dit que toute norme devrait aussi s'appliquer aux

---

[19] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17*

opérations entre consommateurs, c'est-à-dire entre particuliers n'agissant pas à titre commercial. Il a été noté qu'à la quarante-troisième session de la Commission, les États étaient convenus que les mécanismes judiciaires classiques ne fonctionnaient pas dans le cas de litiges portant sur de faibles montants et de gros volumes résultant d'une opération internationale de commerce électronique, c'est pourquoi le Groupe de travail avait été prié d'élaborer un modèle de règlement des litiges en ligne approprié.

42. Plusieurs délégations ont souligné qu'il importait de ne pas interférer avec les droits des consommateurs découlant des législations nationales en la matière (notamment parce qu'il fallait créer parmi les consommateurs un sentiment de confiance envers le règlement des litiges en ligne) et qu'il n'appartenait pas au Groupe de travail de traiter de l'harmonisation des lois nationales de protection des consommateurs. Plusieurs délégations ont exprimé l'avis que les travaux actuels visaient à créer un système général distinct pour le règlement des différends internationaux concernant les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Ces délégations estimaient que dans le cas d'opérations portant sur de gros volumes et de faibles montants, les consommateurs n'exerceraient probablement pas les droits qu'ils pourraient avoir, étant donné que le coût de la démarche était disproportionné par rapport à la valeur de l'achat et qu'en tout état de cause il serait difficile, voire impossible, de faire exécuter la sentence. Il a été souligné qu'actuellement, dans la plupart des opérations internationales, les consommateurs n'avaient dans la pratique aucun droit et que la création d'une norme sur le règlement des litiges en ligne pourrait donc avoir pour effet de créer de tels droits.

43. Il a été dit qu'avec les méthodes de règlement "amiable" telles que le traitement des réclamations, la négociation et la conciliation, les parties consentiraient librement à un règlement et que les droits que leur confère la législation sur la consommation ne seraient pas menacés. Certaines délégations estimaient que dans le cas de l'arbitrage, cependant, une norme serait nécessaire pour préserver les protections prévues par cette législation et la question se posait donc de savoir quel serait le droit applicable à un arbitrage en ligne. À cet égard, on a demandé si le Groupe de travail pourrait concevoir un mécanisme d'application plus simple que celui prévu par la Convention de New York, compte tenu de la faible valeur des opérations concernées et la nécessité d'un règlement rapide. On a aussi dit qu'une norme sur le règlement des litiges en ligne pourrait consacrer les "principes essentiels" du droit de la protection des consommateurs.

44. Il a également été suggéré de donner au consommateur le choix entre recourir à l'arbitrage en vertu d'une convention d'arbitrage et s'en remettre aux lois de protection des consommateurs de son pays, cette option pouvant fonctionner sans porter atteinte aux droits dont il jouit en vertu du droit applicable.

45. Il a été répondu à cela que dans l'Union européenne le Règlement Rome I[20] ne permettrait peut-être pas un tel choix puisqu'il disposait que la loi du pays du consommateur était la loi applicable; il faudrait donc tenir compte d'un risque de conflit de lois en examinant cette option. Il a été observé qu'il valait peut-être la

---

(A/65/17), par. 257.

[20] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

peine d'envisager une option telle que celle du "Bouton bleu" comme solution à la question de la loi applicable, étant donné que l'existence de plusieurs lois applicables risquait d'entraver la croissance du commerce électronique. À cet égard, il a été dit que les vendeurs des petites entreprises étaient réticents à vendre dans les autres pays européens en raison des restrictions imposées par le Règlement Rome I, et que le "Bouton bleu" était censé permettre aux consommateurs de bénéficier d'un plus grand choix de produits à meilleur prix.

46. Certaines délégations ont suggéré qu'il serait bon qu'une norme sur le règlement des litiges en ligne charge les prestataires de services de règlement des litiges en ligne de signaler aux services de répression toute présomption de fraude ou autre comportement illicite du vendeur, comme le suggérait l'Accord entre Consumers International et le Dialogue mondial des affaires.

47. Il a été suggéré pour contourner les obstacles mentionnés de limiter l'application du système de règlement des litiges en ligne à certains types de différends ne donnant pas lieu aux controverses susmentionnées et qui pourraient en fait constituer la majorité des cas.

48. À l'issue de la discussion, on a conclu que le Groupe de travail devrait se préoccuper avant tout des litiges portant sur de gros volumes et de faibles montants et que les règles ainsi élaborées auraient probablement une incidence pour les consommateurs mais ne devraient pas porter atteinte aux droits dont ils jouissent en vertu des lois de protection des consommateurs.

3. Identification et authentification (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 28 à 31)

49. Il a été souligné lors de la discussion que la faible valeur des opérations et la nécessité d'un règlement rapide donnaient à penser que les dispositions complexes sur l'identification et l'authentification (par. 28 à 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.105) ne seraient peut-être pas nécessaires. À cet égard, on a fait référence à l'article 7-2 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, selon lequel les méthodes d'identification et d'authentification doivent être fiables et adaptées à l'objet pour lequel elles sont utilisées. On a conclu qu'un examen plus approfondi de ces questions pourrait être reporté à un stade ultérieur des délibérations.

4. Ouverture d'une procédure (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 32 à 36)

50. Plusieurs délégations se sont dites favorables à l'idée que tout accord de règlement des litiges (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 35) devrait être énoncé de manière à bien faire comprendre au consommateur les obligations auxquelles il s'engage et les implications de son choix de législation (en particulier lorsque la législation choisie n'est pas celle de son pays), et qu'un tel accord devrait être distinct des dispositions principales du contrat pour mieux attirer l'attention du consommateur sur ce point.

51. Selon un point de vue, dès que la conciliation commençait, les parties devraient être libres de consentir à ce qu'elle devienne une procédure d'arbitrage, même si, a-t-on répondu, il était rare que les parties souhaitent passer à l'arbitrage lorsque la conciliation ne portait pas ses fruits.

52. Une délégation a indiqué que certaines lois nationales sur la protection des consommateurs pourraient prévoir que les consommateurs n'étaient pas liés par les conventions d'arbitrage conclues avant la naissance d'un litige. Le Groupe de travail a considéré que la grande majorité de ces lois permettaient aux consommateurs de conclure une convention d'arbitrage avant qu'un différend ne survienne.

53. Il a été suggéré que les fournisseurs soient liés par une convention d'arbitrage dès sa conclusion, mais que les consommateurs puissent avoir la possibilité de n'être liés qu'après la naissance d'un litige. Une autre suggestion était que les deux parties au litige pourraient accepter expressément d'être liées par une convention d'arbitrage, ce qui indiquait clairement à quel stade celle-ci devenait applicable. Il a été indiqué que plusieurs États exigeaient que l'arbitrage et ses conséquences soient clairement et dûment signalés dans le cas d'une opération entre entreprise et consomateur, et notamment si l'arbitrage avait un caractère obligatoire ou facultatif, ou que la convention d'arbitrage préalable au différend figure dans un document distinct afin de garantir que le consommateur fasse son choix en connaissance de cause.

54. Selon un avis, les organismes de protection des consommateurs pourraient aider ou représenter les consommateurs qui entament la procédure de règlement des litiges, en particulier ceux qui n'ont aucune expérience du fonctionnement du règlement des litiges en ligne.

55. Il a été largement convenu que l'objectif devrait être de formuler des règles génériques simples et faciles à utiliser, qui reflètent la faible valeur des réclamations et la nécessité d'une procédure rapide et mettent l'accent sur la conciliation, la majorité des affaires se réglant à ce stade.

56. Il a été suggéré que les formes de communication à l'ouverture de la procédure et pendant celle-ci devraient respecter le principe de neutralité technologique.

57. Le Groupe de travail a également été informé des travaux d'autres organismes dans ce domaine, qui pourraient lui être utiles dans ses délibérations à venir, dont le rapport 2007 de la réunion technique du Comité de coordination sur la protection des consommateurs de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, qui portait sur les mécanismes internationaux de réparation, notamment l'ouverture d'une procédure.

5. Présentation d'une réclamation, de mémoires et de preuves (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 37 à 42)

58. Plusieurs observations ont été faites concernant la présentation d'une réclamation, de mémoires et de preuves, notamment: qu'aucune règle ne devrait empêcher l'utilisation de la technologie ou de méthodes de règlement des litiges qui pourraient être développées dans l'avenir; que les délais prévus pour la présentation des pièces et des éléments de preuve devraient être brefs afin de garantir la rapidité de la procédure; et qu'une option pourrait être de suivre l'exemple du système ECAF (Electronic Case Facility) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, conçu pour accélérer la procédure. (Ce système permet à toutes les parties à un litige de soumettre des communications électroniquement dans un registre en ligne. Les parties reçoivent des messages électroniques les avertissant de

ces communications, elles peuvent à tout moment les consulter et effectuer des recherches dans le registre.)

59. Pour ce qui est de la recevabilité des preuves, il a été souligné qu'en vertu des lois de certains pays, les éléments de preuve sous forme électronique n'étaient pas recevables, élément qu'il convenait de garder à l'esprit pour l'élaboration de normes juridiques.

60. On s'est interrogé sur l'éventuelle responsabilité d'un prestataire de services de règlement des litiges en ligne pour ce qui est d'assurer l'échange rapide et en bonne et due forme des pièces pendant la procédure.

6. Nombre et nomination des conciliateurs ou des membres du tribunal arbitral (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 43 à 45)

61. Dans ce domaine, il a été suggéré d'établir une règle pour débloquer les situations où les parties ne pouvaient s'entendre sur un arbitre unique, ce qui posait la question de savoir qui procèderait à la nomination dans de tels cas. On a répondu à cela que les autorités de protection des consommateurs pourraient en être chargées ou qu'une liste (confidentielle ou publique) pourrait être tenue par les prestataires de services de règlement des litiges en ligne. D'une manière générale, il a été convenu que la considération la plus importante était d'assurer l'impartialité et le professionnalisme de l'arbitre.

62. On s'est dit généralement favorable à une règle selon laquelle, en l'absence d'un autre accord entre les parties, il ne devrait y avoir qu'un seul arbitre, étant donné que les montants en litige étaient faibles et qu'il fallait une procédure rapide.

63. Il a été convenu que les conciliateurs ou les membres du tribunal arbitral ("tiers neutres") ne devaient pas nécessairement être des juristes mais qu'ils devaient avoir une expérience professionnelle pertinente et des compétences en matière de règlement des conflits leur permettant d'examiner le litige en question.

64. Par ailleurs, dans un souci de rapidité, certains se sont dit favorables à une règle selon laquelle les tiers neutres seraient nommés par les prestataires de services de règlement des litiges en ligne. À cet égard, on a noté qu'il faudrait prendre garde à ce que ces derniers s'acquittent de ce rôle de manière transparente et équitable.

65. On a souligné qu'il fallait un système d'accréditation des tiers neutres. On a suggéré un système en deux phases: premièrement, une accréditation initiale fondée sur la compétence technique et l'expérience du règlement des litiges; deuxièmement, un examen périodique s'appuyant sur les commentaires des utilisateurs des services de règlement des litiges en ligne et permettant de s'assurer que les tiers neutres restent qualifiés pour exercer leurs fonctions et le font de manière équitable. On a fait référence à l'Independent Standards Commission de l'International Mediation Institute, qui avait établi un système international de certification des tiers neutres.

7. Impartialité et indépendance des conciliateurs ou des membres du tribunal arbitral (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 46 et 47)

66. On s'est généralement accordé sur plusieurs principes fondamentaux, à savoir que l'indépendance, la neutralité et l'impartialité étaient des attributs essentiels de tout arbitre, et que la transparence du processus d'arbitrage et des méthodes de

travail du prestataire de services de règlement des litiges en ligne était cruciale pour obtenir la confiance des utilisateurs. Ce point, a-t-on estimé, était particulièrement important dans le contexte du règlement des litiges en ligne, du fait que les parties ne se rencontraient pas. On a également souligné qu'il fallait demander aux arbitres une déclaration de disponibilité dans laquelle ils indiqueraient qu'ils pourraient être disponibles pour s'acquitter promptement de leurs fonctions et participer à l'ensemble du processus.

67. On a estimé qu'il importait de disposer de codes de conduite pour les tiers neutres et on a mentionné des normes existantes qui pourraient être utiles à cet égard, notamment les pratiques optimales recommandées aux prestataires de services de règlement des litiges en ligne, de l'équipe spéciale de l'American Bar Association sur le commerce électronique et les modes alternatifs de règlement des litiges, et le Code de conduite européen pour les médiateurs (2004)[21].

68. Certaines délégations ont souligné qu'il importait de signaler tout lien qui pourrait compromettre l'impartialité des tiers neutres, de faire connaître le montant de la rémunération qui leur est versée et d'assurer la transparence de tous les paiements effectués.

69. L'impartialité des prestataires de services de règlement des litiges en ligne a été jugée tout aussi importante, du fait qu'ils pouvaient proposer ou nommer des tiers neutres et exercer une fonction de supervision de la procédure. On a jugé que, dans l'intérêt de la transparence, il importait de signaler que ces prestataires pouvaient être financés par les milieux d'affaires.

70. On a noté qu'il faudrait envisager de donner aux parties la possibilité de récuser des tiers neutres, et qu'un modèle prévoyait un mécanisme de récusation dans les 15 jours suivant la notification de la nomination (ICDR)[22] et un autre dans les 48 heures (projet de règlement des litiges en ligne de l'OEA).

71. On a également suggéré d'habiliter les prestataires à remplacer les tiers neutres qui ne s'acquittaient pas de leurs fonctions et de joindre à l'annexe d'un éventuel ensemble de règles un formulaire au moyen duquel les tiers neutres pourraient se déclarer impartiaux.

8. Confidentialité et questions liées à la sécurité des communications (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 48 à 50)

72. Plusieurs délégations se sont dites favorables à ce qu'il y ait des exceptions à la confidentialité des sentences arbitrales rendues dans le contexte du règlement des litiges en ligne, étant donné qu'il devenait courant de divulguer le résultat de l'arbitrage et qu'il était souhaitable de constituer une jurisprudence à l'intention des futures parties et des tiers neutres. On a donné des exemples de recueils de résumés de décisions sur le règlement des litiges, tels que le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT), la jurisprudence du Tribunal arbitral du sport et celle du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en ce qui concerne les Principes régissant le règlement

---

[21] http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf.

[22] ICDR, Procédures de résolution des différends internationaux (incluant le Règlement de médiation et le Règlement d'arbitrage), version modifiée au 1er juin 2009 et en vigueur depuis cette date; tarif modifié le 1er juin 2010 et en vigueur depuis cette date.

uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP) de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN).

73. De l'avis d'une délégation, si les règles élaborées devaient être simples dans leur forme et donc susceptibles d'être beaucoup interprétées (et si de nombreux tiers neutres pouvaient ne pas être juristes), l'accès à la jurisprudence serait nécessaire pour favoriser une application cohérente de ces règles aux affaires soumises au règlement des litiges en ligne.

74. Un autre avantage serait qu'en divulguant le résultat de l'arbitrage on informerait le public d'éventuelles pratiques discutables et de l'identité des personnes qui s'y livrent. À cet égard, il a été noté qu'au cas où un vendeur n'exécuterait pas une sentence rendue à son encontre la publication pourrait l'inciter à le faire.

75. Il a été estimé que la divulgation d'informations concernant la sentence favoriserait aussi le recours au règlement des litiges en ligne, ses pratiques et résultats devenant connus, et dans ce contexte on a donné l'exemple des Principes UDRP de l'ICANN. On a également considéré que la publication de statistiques sur les affaires serait utile aux fins de contrôler l'utilisation du règlement des litiges en ligne et son fonctionnement.

76. On a observé qu'à l'inverse de l'arbitrage commercial classique, où les parties pouvaient opter pour un procès, les consommateurs n'avaient dans la pratique pas le choix dans le cas de litiges internationaux portant sur de faibles montants et que le règlement des litiges en ligne serait donc leur seule option. On y a vu une raison supplémentaire de rendre public le résultat de l'arbitrage, sous réserve des garanties notées par certaines délégations.

77. En ce qui concerne l'étendue de la divulgation d'informations concernant les sentences, il a été estimé qu'on pourrait garantir le respect de la vie privée des parties en supprimant du résumé publié leur nom et les autres informations permettant de les identifier. Un consensus général s'est dégagé sur le fait qu'un certain degré de divulgation du résultat de l'arbitrage était utile pour autant que les garanties nécessaires soient mises en place en ce qui concerne les données personnelles et les souhaits des parties en matière de confidentialité.

78. En ce qui concerne la conciliation, il a été généralement convenu que les discussions et leur résultat resteraient confidentiels, étant donné que le processus de conciliation reposait sur un accord entre les parties. Cette confidentialité pouvait inciter les parties à opter pour la conciliation.

79. Il a été demandé où commençait le devoir de confidentialité et si un prestataire de services de règlement des litiges en ligne pourrait publier des statistiques montrant qu'un vendeur avait été mis en cause à de nombreuses reprises. Une telle divulgation pourrait être utile mais on s'est demandé si elle n'enfreindrait pas le principe de la neutralité du prestataire.

80. Il a également été demandé si on pourrait élaborer des critères de catégorisation qui seraient utilisés par les prestataires de services de règlement des litiges en ligne et un format normalisé pour résumer les affaires, permettant d'effectuer des recherches dans la jurisprudence, et comment, dans une négociation ou une conciliation internationale, on pourrait exiger des parties qu'elles préservent la confidentialité des informations qu'elles recevaient.

81. On a considéré que la nécessité de trouver un juste équilibre entre les impératifs contradictoires de la confidentialité et de la transparence était une question importante. S'agissant de formuler une norme sur la confidentialité, on a fait référence au rapport de l'Association de droit international sur la confidentialité dans l'arbitrage commercial international. On a toutefois noté que ces normes avaient été élaborées dans le contexte de l'arbitrage commercial portant sur des opérations à valeur élevée.

82. Il a été convenu que les normes sur la sécurité des échanges de données à l'intention des prestataires de services de règlement des litiges en ligne devraient être strictes afin de prévenir l'accès non autorisé aux données à des fins commerciales ou autres. À cet égard, il a été fait référence aux normes ISO 27001 et 27002.

9. Communication entre les conciliateurs ou membres du tribunal arbitral et les parties (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 51 à 58)

83. Certaines délégations ont exprimé l'avis qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les questions posées dans cette section du document pour établir une norme sur le règlement des litiges en ligne. Il a été dit que chaque prestataire aurait ses propres règles et que l'intégrité du processus n'en serait pas affectée. En particulier, des règles techniques sur l'expédition et la réception de la communication électronique ne seraient probablement pas nécessaires dans le contexte du règlement des litiges en ligne, puisque la plate-forme de règlement des litiges en ligne[23] fournirait en temps utile toutes les informations pertinentes aux parties. Il a été rappelé que les principes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques s'appliqueraient sauf convention contraire des parties et que l'autonomie des parties devrait donc être respectée.

84. Selon un autre avis, le règlement international des litiges en ligne entraînerait une utilisation importante de technologies de l'information et des communications et un protocole commun sur les questions de technologie serait utile. On a noté qu'il pourrait être souhaitable que consommateurs et vendeurs accèdent à la plate-forme de règlement des litiges en ligne par un portail commun afin d'éviter toute confusion due à la présence de plusieurs interfaces.

85. À l'issue de la discussion, il a été convenu que les questions posées dans cette section étaient plus techniques que juridiques et que le Groupe de travail ne devrait pas y consacrer trop de temps. Il a été estimé que les principes qui sous-tendent les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique devraient être respectés et que tout examen plus approfondi des questions de communication pourrait être effectué ultérieurement, lorsque les délibérations auraient progressé.

---

[23] Le terme "plate-forme de règlement des litiges en ligne" désigne un forum mis à disposition par un prestataire de services de règlement des litiges en ligne. Il peut s'agir d'une plate-forme à accès public, comme un site Web (plate-forme ouverte), ou à accès limité ou restreint, comme un intranet ou un système interne de gestion des fichiers électroniques (plate-forme fermée). Voir A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 23.

10. Audiences (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 59 à 62)

86. Les observations suivantes ont été faites: qu'il suffirait de conserver un enregistrement électronique de l'audience; que toute règle élaborée devrait rester ouverte et souple sur le sujet des audiences; et que d'autres modèles de règlement des litiges en ligne, tels que celui des Principes UDRP de l'ICANN, ne prévoyaient d'audience que pour une petite catégorie de cas exceptionnels.

11. Représentation des parties et assistance (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 36)

87. Il a été généralement convenu que les parties devraient avoir le droit de se faire représenter ou aider par des tiers dans la procédure de règlement des litiges en ligne. Il a été noté que les consommateurs pourraient demander de l'aide pour accéder à une plate-forme de règlement des litiges en ligne et présenter leurs griefs, peut-être à des organisations nationales de défense des consommateurs – il peut dans ce cas s'agir ou non de juristes – ou à un prestataire de services de règlement des litiges en ligne de leur pays, notamment pour surmonter les problèmes de langues que poserait l'accès à la plate-forme de règlement des litiges en ligne. On a toutefois demandé si l'aide que pourrait apporter un prestataire de services de règlement des litiges en ligne irait à l'encontre du principe de la neutralité du prestataire.

88. Il a été suggéré d'obliger le consommateur à indiquer s'il était aidé informellement par un tiers. Il a été demandé comment le système de règlement des litiges en ligne réagirait à une situation où le représentant d'une partie aurait un conflit d'intérêts. Il a été rappelé qu'une plate-forme de règlement des litiges en ligne devrait être aussi facile à utiliser que possible afin de réduire la nécessité pour les parties de recourir à un conseil, puisque dans la plupart des cas le coût d'une représentation serait disproportionné par rapport au montant en litige.

12. Lieu de l'arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 64 et 65)

89. Bien qu'il ait été largement convenu que le lieu de l'arbitrage était un élément essentiel à prendre en compte pour les raisons énoncées au paragraphe 65 du document A/CN.9/WG.III/WP.105, divers avis ont été exprimés sur ce que ce lieu pouvait être. De l'avis général, la règle fondamentale était qu'il relevait du choix des parties. Il a été dit en outre qu'aucun État n'avait de lois empêchant les parties de s'entendre volontairement sur le lieu de l'arbitrage. Certaines délégations craignaient cependant que dans les affaires mettant aux prises des consommateurs et de grandes entreprises, le pouvoir de négociation ne soit inégal, et on ne pourrait dire dans ces circonstances que le consommateur donnait un consentement véritable. En ce qui concerne l'accord des parties, il a été estimé que si une plate-forme de règlement des litiges en ligne spécifiait un lieu d'arbitrage et les parties choisissaient expressément d'utiliser cette plate-forme, elles acceptaient alors volontairement ce lieu.

90. Certaines délégations ont estimé que faute d'accord des parties, le lieu d'arbitrage devrait être l'État du consommateur, qui offrirait la protection de sa législation sur la protection des consommateurs et la possibilité de faire certifier une sentence dans les tribunaux de l'État du consommateur. Selon un autre avis, il fallait préférer l'État du vendeur car cela éviterait au consommateur d'avoir à demander l'exécution dans un autre État d'une sentence rendue dans son propre pays; il

pourrait ainsi simplement demander l'exécution de la sentence dans les tribunaux du pays où elle serait rendue et où se trouveraient le vendeur et ses biens.

91. Une délégation a estimé que si l'arbitre devait décider du lieu de l'arbitrage, ce qui serait la règle par défaut en l'absence d'accord des parties, il pourrait alors simplement s'agir du lieu dont l'arbitre connaissait le mieux la législation, ce qui pourrait ne pas être le choix qui convienne le mieux aux parties.

92. Il a également été proposé de prévoir un lieu d'arbitrage unique pour toutes les affaires, ce qui supprimerait les conflits de juridiction et permettrait d'assurer la cohérence de l'application et du développement du droit du règlement des litiges en ligne. À cet égard, il a été indiqué qu'un État dont la législation sur l'arbitrage, le cadre juridique et le système judiciaire étaient propices au traitement efficace de ces affaires serait le choix le plus approprié. On a donné comme exemple le Tribunal arbitral du sport de Lausanne (Suisse).

93. Il a été rappelé que conformément à l'article 6 de la Convention sur les communications électroniques, le lieu où se trouvaient le matériel et la technologie sur lesquels s'appuyait un système d'information n'établissait pas, en soi, le lieu d'un contrat et que par analogie le lieu de l'arbitrage ne pouvait être assimilé au lieu où se trouvaient le prestataire de services de règlement des litiges en ligne ou son matériel, qui pouvaient en fait se trouver dans plusieurs États. L'avis a également été exprimé que le lieu de l'arbitrage pouvait être celui où le contrat était exécuté.

94. Certaines délégations ont estimé qu'il était vain de s'attacher au lieu où se trouvaient le vendeur ou le consommateur et qu'il fallait engager une nouvelle réflexion sur le lieu de l'arbitrage, compte tenu du caractère mondial proposé pour le règlement des litiges en ligne, de la multiplicité des juridictions et de la nécessité de disposer d'une procédure simple et rapide, adaptée aux opérations de faible valeur. Toute nouvelle réglementation devait tenir compte de ces facteurs. Il a été suggéré de supprimer le concept de lieu de l'arbitrage de toute juridiction nationale, conformément à la démarche adoptée par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

95. On s'est interrogé sur l'applicabilité, à cet égard, de la Convention de New York, question dont l'examen a été reporté jusqu'à ce que le Groupe de travail examine la question de l'exécution.

96. Globalement, il a été convenu de la nécessité de rédiger des règles simples et faciles à appliquer par les consommateurs, et de maintenir ouverte la réflexion sur cette question.

13. Accord issu de la conciliation et clôture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 66 et 67)

97. Il a été noté que les solutions retenues pour assurer le respect des accords issus de la conciliation variaient d'un État à l'autre, allant de l'exécution de ces accords en tant que contrats à leur utilisation pour rendre une sentence arbitrale qui pourrait alors être exécutée. L'avis a été exprimé que le Groupe de travail devrait examiner des moyens de faire respecter au mieux les accords issus de la conciliation, en veillant à ce que la solution proposée tienne compte avant tout de la nécessité de mener rapidement la procédure.

14. Questions liées à l'exécution (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 68 à 75)

98. Il a été dit que l'exécution posait moins problème lorsque les affaires étaient réglées par la conciliation, ce qui représentait en fait la majorité des opérations de faible valeur et de gros volume, et les débats se sont donc focalisés sur les sentences arbitrales. De l'avis général, on pouvait présumer que la Convention de New York s'appliquerait à l'exécution des sentences arbitrales dans le règlement en ligne des litiges internationaux entre entreprises et entre entreprises et consommateurs, mais on ne pourrait se fier uniquement à ce mécanisme. Les débats se sont dès lors centrés sur d'autres options auxquelles on pourrait recourir pour exécuter les sentences de façon plus pratique et plus rapide. Une de ces options consistait à insister sur l'utilisation des labels de confiance et à compter sur le fait que les commerçants respectent leurs obligations en cette matière. Une autre était d'exiger la certification des commerçants, qui s'engageraient à respecter les décisions rendues à leur encontre dans le cadre du règlement de litiges en ligne. À cet égard, il a été dit qu'il serait utile de rassembler des données montrant dans quelle mesure les sentences étaient respectées. Enfin, il a été souligné qu'un processus efficace et rapide de règlement des litiges en ligne contribuerait à ce que les parties respectent les sentences.

99. Il a été généralement convenu que les décisions arbitrales rendues dans le cadre du règlement des litiges en ligne devraient être définitives et contraignantes, aucun appel ne pouvant être fait sur le fond du litige, et devraient être exécutées dans un délai court, et que l'examen plus approfondi des questions d'exécution devrait être renvoyé après l'examen des questions de fond et des règles de procédure.

100. Le Secrétariat a noté que s'il devait être élaboré une norme de règlement des litiges en ligne en vertu de laquelle une partie disposerait d'un mécanisme spécifique pour faire exécuter une sentence arbitrale, l'article VII-1 de la Convention de New York pourrait autoriser le recours à ce mécanisme d'exécution et les problèmes liés à l'exécution par le biais d'autres dispositions de la Convention de New York pourraient donc être évités.

15. Loi applicable (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 76 à 81)

101. De nombreuses délégations se sont dites favorables à ce que les décisions se fondent sur des principes équitables, des codes de conduite, des règles génériques uniformes ou des ensembles de dispositions de fond – en gardant à l'esprit la nécessité d'un degré élevé de protection des consommateurs – ce qui permettrait d'éviter les problèmes complexes qui pourraient résulter de l'interprétation des règles concernant la loi applicable. À cet égard, il a été fait référence à l'accord entre GDBe et Consumers International. Il a été dit qu'en tout état de cause, la plupart des affaires traitées dans le cadre du règlement des litiges en ligne pouvaient être tranchées sur la base des termes du contrat, sans qu'il n'y ait guère lieu de recourir à des principes juridiques complexes, et que toute règle énoncée pour le règlement des litiges en ligne devrait être simple, efficace et souple. Quelques délégations ont considéré qu'il fallait un ensemble de principes juridiques généraux applicables à un système factuel limité, ce qui permettrait d'éviter de devoir traiter de questions de droit applicable et de compétence.

102. Il a été fait référence à la proposition conjointe formulée par le Brésil, l'Argentine et le Paraguay à la septième Conférence interaméricaine spécialisée de droit international privé (CIDIP-VII). Il a été suggéré que les principes qui y sont énoncés, selon lesquels la loi applicable était celle qui était la plus favorable au consommateur, soient examinés.

103. Il a été suggéré que le Secrétariat puisse présenter au Groupe de travail, à une session future, des options sur la question de la loi applicable – en tenant compte des suggestions qui avaient été faites au cours des débats – et que soient examinées aussi les mesures intérimaires qui pourraient s'appliquer avant l'achèvement de travaux sur les dispositions de fond.

16. Langue de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 82 à 87)

104. Il a été généralement convenu que dans le règlement des litiges en ligne, la langue de la procédure était une question importante, étroitement liée à la protection du consommateur. Il a été souligné que la langue de la procédure devait être comprise de l'ensemble des consommateurs, le niveau de compréhension nécessaire n'étant pas le même selon qu'il s'agit de conclure des contrats par opérations électroniques ou de mener un processus de règlement des litiges en ligne.

105. Il a été suggéré que la langue du contrat d'une opération électronique soit présumée être celle de la procédure de règlement des litiges en ligne. Une autre possibilité était de laisser les parties choisir la langue de la procédure. Il a également été suggéré que dans les cas où les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur la langue de la procédure, la question pourrait être laissée à la décision du tiers neutre.

106. Il a été noté que dans les cas où la langue de la procédure n'était pas celle du consommateur, le processus de règlement des litiges en ligne devrait prévoir un moyen simple et facile pour le consommateur de comprendre le processus. Il a été noté en outre que les consommateurs devraient être informés à l'avance de la langue de la procédure.

107. On a également évoqué la question de l'assistance sous la forme de solutions technologiques fournissant une traduction automatique. La norme ECRI (voir par. 22 ci-dessus) a été présentée comme une solution en cours d'élaboration. À cet égard, la préoccupation a été exprimée que ces technologies pourraient fournir une traduction à des fins grammaticales et linguistiques mais pas une traduction de qualité pour ce qui est des termes juridiques et du caractère juridique du document. Il a été dit qu'un glossaire juridique traduit en diverses langues pourrait utilement faciliter le processus.

17. Coûts et rapidité de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 88 à 90)

108. Il a été généralement convenu qu'un objectif général devrait être de maintenir le coût du règlement des litiges en ligne suffisament bas pour que les utilisateurs puissent se permettre d'y recourir. Il a été souligné qu'il importait à cet égard que les procédures et les règles soient simples et efficaces. À cette fin, il importait de permettre à des non-juristes d'agir en tant que tiers neutres et de ne pas exiger que les décisions soient motivées.

109. Il a été fait référence à la necessité de veiller à ce que l'exécution des sentences ne soit pas onéreuse, puisqu'une sentence ne servait à rien si on ne pouvait la faire exécuter; il a été demandé si le prestataire de services de règlement des litiges en ligne pourrait aider à l'exécution de la sentence.

110. Des suggestions ont été faites concernant les frais d'utilisation et un large soutien a été exprimé en faveur d'une proposition selon laquelle les utilisateurs payeraient un prix servant à éviter la présentation de réclamations abusives mais suffisamment modéré pour ne pas décourager les consommateurs. Plusieurs délégations ont appuyé l'idée que ce prix devrait être un pourcentage de la valeur de la réclamation, avec probablement un minimum et un maximum. Il a été proposé que le consommateur reçoive le remboursement de ce prix si sa réclamation aboutissait. On a souligné la nécessité d'informer les utilisateurs de l'ensemble des frais de procédure, à l'avance, et de manière transparente.

111. Selon un autre avis, plusieurs prestataires de services de règlement des litiges en ligne pourraient être en concurrence, auquel cas les droits d'utilisation pourraient rester bas en raison des forces du marché. Il a été suggéré que les labels de confiance pourraient mentionner que les marchands participent au règlement des litiges en ligne, ce qui attirerait les consommateurs.

112. On a soulevé la question de l'indépendance des prestataires de services de règlement des litiges en ligne et des tiers neutres, en particulier lorsque les prestataires tiennent des listes de tiers neutres auxquels ils peuvent faire appel. Il a été dit que les versements des prestataires aux tiers neutres devraient être transparents, l'objectif étant qu'il ne soit dans l'intérêt financier de personne de trancher de l'une ou l'autre manière.

113. Il a également été suggéré, s'agissant du financement, que les plates-formes de règlement des litiges en ligne soient créées et appuyées financièrement par l'État, ou encore qu'elles soient financées par les associations de consommateurs.

114. Une délégation a demandé instamment que le système de règlement des litiges en ligne soit autosuffisant et ne reçoive aucun financement extérieur, tout en étant efficace afin de pouvoir fonctionner à moindres frais.

V. Travaux futurs

115. Le Groupe de travail a demandé que le Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, prépare pour une réunion future les documents suivants:

a) Un projet de règlement de procédure pour le règlement des litiges en ligne, tenant notamment compte des élements suivants: les types de réclamations que traiterait le règlement des litiges en ligne (opérations entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes); l'ouverture de la procédure en ligne; la notification aux parties de tout accord concernant le règlement des litiges qui pourrait être conclu au moment du contrat; les phases du processus de règlement des litiges en ligne – négociation, conciliation et arbitrage; la description des principes juridiques de fond, dont ceux d'équité, qui sous-tendent la décision et la sentence; les questions de procédure telles que la représentation et la langue de la procédure; l'application de la Convention de

New York, comme évoqué ci-dessus; la référence aux règlements d'autres systèmes de règlement des litiges en ligne; la présentation des options, le cas échéant;

b) Un projet de document énonçant les principes et les questions liées à la conception d'un système de règlement des litiges en ligne. Le Secrétariat établira la liste de l'ensemble des documents et autres références qu'il connait concernant le règlement des litiges en ligne en mentionnant les sites Web ou autres sources où ils se trouvent.

116. Le Secrétariat a indiqué que les États pourraient lui envoyer des propositions pour examen afin d'établir ces documents. Ces propositions devraient être brèves et pouvoir être résumées dans un document qui serait fourni aux délégués dans toutes les langues officielles de l'Organisation. Il a été suggéré que le Secrétariat consulte les organisations non gouvernementales et les experts intéressés pour préparer toute documentation, et qu'il tienne compte dans la mesure du possible des résultats de la dixième réunion de la Conférence sur le règlement des litiges en ligne, qui se tiendra à Chennai (Inde) du 7 au 9 février 2011[24].

117. Le Groupe de travail a noté que sa vingt-troisième session devait se tenir à New York du 23 au 27 mai 2011.

---

[24] www.odr2011.org/index.php.

B. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-deuxième session (A/CN.9/WG.III/WP.105)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Exemples de modèles et systèmes de règlement des litiges en ligne	5-10
	A. Généralités	5
	B. Conciliation en ligne	6-8
	C. Arbitrage en ligne	9-10
III.	Normes sur le règlement des litiges en ligne	11-18
	A. Normes existantes	11-16
	B. Normes à l'examen	17-18
IV.	Questions qui pourraient être examinées	19-92
	A. Définitions	19-23
	B. Portée des travaux	24-27
	C. Identification et authentification	28-31
	D. Ouverture d'une procédure	32-36
	E. Présentation d'une plainte, de mémoires et de preuves	37-42
	F. Nombre et nomination des conciliateurs ou des membres du tribunal arbitral	43-45
	G. Impartialité et indépendance des conciliateurs ou des membres du tribunal arbitral	46-47
	H. Confidentialité et questions liées à la sécurité des communications	48-50
	I. Communication entre les conciliateurs ou membres du tribunal arbitral et les parties	51-58
	J. Audiences	59-62
	K. Représentation des parties et assistance	63
	L. Lieu de l'arbitrage	64-65
	M. Accord issu de la conciliation et clôture de la procédure	66-67
	N. Questions liées à l'exécution	68-75
	O. Loi applicable	76-81
	P. Langue de la procédure	82-87

Q. Coûts et rapidité de la procédure 88-90
V. Conclusion 91-92

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a examiné une note du Secrétariat sur la question du règlement des litiges en ligne (A/CN.9/706). Cette note résumait en particulier les discussions du colloque organisé conjointement par le Secrétariat, l'Institut du droit commercial international de la Pace University et la Penn State Dickinson School of Law, sur le thème du règlement des litiges en ligne et du commerce électronique mondial et, plus particulièrement, de la mise en place d'un système de réparation pratique et juste pour les acteurs du commerce du XXIe siècle (consommateurs et commerçants) (Vienne, 29 et 30 mars 2010)[1]. La Commission était également saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/710) transmettant des renseignements fournis par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne. Elle a généralement estimé que les questions mises en évidence lors du colloque méritaient d'être étudiées et que ses travaux dans le domaine du règlement des litiges en ligne viendraient à point nommé[2].

2. À l'issue de la discussion, la Commission a créé un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. À cette session, elle est également convenue que la forme des normes juridiques élaborées serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant[3]. En ce qui concerne l'étendue des travaux, elle est convenue qu'il serait possible d'élaborer un ensemble de règles génériques applicables aux deux types d'opérations, mais que le Groupe de travail devrait avoir la liberté de proposer différentes approches si nécessaire[4].

3. Le règlement des litiges en ligne est un moyen de règlement des différends pouvant ou non comporter une décision contraignante d'un tiers et impliquant l'utilisation de technologies en ligne pour faciliter le règlement des litiges entre les parties. Cette méthode présente des caractéristiques semblables à la conciliation[5] et

---

[1] Des informations sur ce colloque sont disponibles à la date du présent rapport à l'adresse www.uncitral.org/pdf/english/news/IICL_Bro_2010_v8.pdf.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 251 à 256.

[3] Ibid., 257.

[4] Ibid., par. 256.

[5] Le terme "conciliation" est utilisé dans la présente note dans le sens donné au paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international pour exprimer une notion large de mécanisme volontaire de règlement des différends se déroulant sous le contrôle des parties avec l'aide d'un ou plusieurs tiers neutres. Le caractère général de la définition montre l'absence d'intention d'établir une distinction entre les différents styles ou techniques de procédure qui pourraient tomber dans le champ d'application du paragraphe 3 de l'article premier, libellé comme suit: "Aux fins de la présente Loi, le terme 'conciliation'

à l'arbitrage hors ligne, bien que les outils de gestion de l'information et de communication pouvant être utilisés dans tout ou partie de la procédure risquent d'avoir un impact sur les méthodes de règlement des différends. Le règlement des litiges en ligne peut s'appliquer à toute une série de différends touchant des opérations entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs. Il serait logique d'y recourir pour résoudre les litiges liés à des opérations effectuées sur Internet. L'arbitrage en ligne soulève des problèmes juridiques spécifiques découlant des conditions de forme prévues par les législations nationales et les conventions internationales.

4. Le règlement des litiges en ligne est particulièrement pertinent dans le cas de différends découlant d'opérations portant sur de faibles montants et de gros volumes, qui exigent un processus de règlement efficace et abordable. Cela tendrait à indiquer qu'il y a lieu d'élaborer dans ce domaine des normes juridiques spécifiques qui seraient davantage qu'une simple adaptation de la réglementation existante sur l'arbitrage et la communication électronique. La présente note vise à fournir des informations de fond sur le règlement des litiges en ligne et à recenser les questions qui pourraient devoir être examinées lors de la formulation de normes juridiques en la matière.

II. Exemples de modèles et systèmes de règlement des litiges en ligne

A. Généralités

5. Cette section présente les modèles existants de conciliation et d'arbitrage en ligne et les technologies utilisées, en soulignant les questions qui pourraient nécessiter un examen plus approfondi. Elle ne porte ni sur les mécanismes de traitement des plaintes ni sur les labels de confiance, qui sortent du champ du règlement formel des différends. Le traitement des plaintes est un processus facilitant la négociation en cas de réclamation d'un consommateur sans intervention d'un tiers[6]. Un label de confiance, dans le contexte du commerce électronique,

---

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

[6] eConsumer.gov, le Réseau des Centres européens des consommateurs (Réseau CEC) et l'International Consumers Advisory Network (Réseau ICA) sont quelques exemples de mécanismes de traitement des plaintes. Initiative du Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs (RICOC), eConsumer.gov est un portail en ligne permettant à un particulier de déposer une réclamation au sujet d'une transaction électronique ou d'une opération connexe effectuée avec une société étrangère. Le Réseau CEC aide les consommateurs à formuler une réclamation et à trouver une solution sous la forme d'un règlement amiable avec le commerçant ou au moyen du mécanisme approprié (tierce partie). À l'essai depuis 2009, le Réseau ICA reçoit les réclamations internationales des consommateurs nationaux; les informe ou les conseille; informe de la réclamation le bureau de liaison et de conseil au consommateur dans le pays où se situe l'entreprise visée; et exhorte l'entreprise à régler le litige par l'entremise de ce bureau.

désigne généralement une image, un logo ou un sceau figurant sur un site Web et censé indiquer la fiabilité du cybermarchand, en attestant que celui-ci fait partie d'une organisation professionnelle ou d'un réseau et qu'il dispose d'un mécanisme de réparation[7]. La présente note ne traite pas non plus de certains systèmes très spécialisés de règlement des litiges en ligne tels que les principes régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (Principes UDRP) de l'Internet Corporation for Assignment Names and Numbers (ICANN) et le mécanisme de règlement des litiges relatifs aux noms de domaine, de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), qui soulèvent d'autres questions[8]. Ces systèmes ont déjà mis en place les règles impératives pertinentes concernant la législation applicable, la compétence et l'exécution des décisions.

B. Conciliation en ligne

6. Il existe peu de modèles de conciliation en ligne. L'un d'eux est MédiateurDuNet.fr, système conjoint du Forum des droits sur l'Internet (France) et des tribunaux français, dans le cadre duquel les tribunaux de première instance renvoient les parties intéressées au Forum pour mener une procédure de médiation gratuite avant ou pendant la procédure judiciaire[9]. Un autre exemple est l'initiative de règlement des différends d'eBay, expérience de médiation en ligne lancée en 1999[10].

7. Un troisième exemple de conciliation en ligne est celui des Règles de résolution électronique des conflits pour les consommateurs (ECODIR), projet pilote issu d'une initiative universitaire, mené avec l'appui de la Commission européenne et du Ministère irlandais de l'entreprise, du commerce et de l'emploi[11]. À l'heure actuelle, ECODIR est le seul projet disposant d'une procédure de

---

[7] Un exemple de label de confiance dans le contexte du règlement des litiges en ligne est le Better Business Bureau (BBB) OnLine. Les commerçants agréés affichent sur leur site Web le logo de BBBOnLine avec un lien vers le site du BBB, de sorte que les consommateurs peuvent savoir à l'avance quelles entreprises participent au programme et s'informer sur les mécanismes de réparation qui leur sont ouverts si les réclamations ne sont pas examinées par un mécanisme interne. Un autre exemple est l'Euro-Label, résultat de la collaboration entre organismes nationaux délivrant des labels de confiance Internet et sites Web nationaux en Allemagne, Autriche, Pologne, Italie, France et Espagne. Des organisations telles que la Global Trustmark Alliance (GTA) et l'Asia-Pacific Trustmark Alliance (ATA) visent à promouvoir et renforcer encore le système mondial de labels de confiance.

[8] L'Internet Corporation for Assignment Names and Numbers (ICANN) est l'organisme accrédité pour le règlement en ligne des litiges liés aux noms de domaine. Ces différends sont réglés conformément aux principes régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (principes UDRP), qui visent à résoudre efficacement les litiges liés aux noms de domaine en ce qui concerne les droits de propriété de ceux-ci et à désigner des prestataires de services de règlement des litiges pour l'arbitrage.

[9] A/CN.9/706, par. 26. À l'heure actuelle, sept tribunaux participent à cette initiative: www.foruminternet.org/particuliers/mediation/.

[10] Au total, 225 plaintes ont été déposées, dont les trois quarts par des acheteurs et un quart par des vendeurs, concernant le plus souvent la non-livraison, le non-paiement, l'impossibilité de contacter l'autre partie et le tort fait à la réputation. Une médiation a été tentée dans 144 cas. Environ 46 % des litiges ont été réglés avec succès, les défendeurs ont refusé de participer dans 25 % des cas et le processus a débouché sur une impasse dans 54 % des cas.

[11] Le projet a duré d'octobre 2001 à juin 2003.

règlement des litiges en ligne en plusieurs étapes et dotée d'un règlement complet. Conformément à ce règlement, une réclamation pouvait être présentée sur une plate-forme de règlement des litiges en ligne si le conflit provenait d'une opération en ligne et si au moins une des parties était un consommateur. Le système proposé sur cette plate-forme consistait en un processus de négociation et de médiation en deux temps suivant ce règlement[12].

8. Dans la conciliation en ligne, les procédures sont menées par voie électronique, c'est-à-dire par courrier électronique[13], sur une plate-forme de règlement des litiges en ligne au moyen de laquelle les parties communiquent, ou les deux[14]. Certaines procédures sont menées par téléphonie mobile[15]. Deux voies de communication peuvent être proposées, une pour les échanges privés entre une partie et le conciliateur et l'autre pour les échanges ouverts à tous les participants y compris le conciliateur.

C. Arbitrage en ligne

9. Un exemple d'arbitrage en ligne est le projet mené conjointement par l'International Centre for Dispute Resolution (ICDR) et General Electric pour le règlement des litiges en ligne entre fabricants et fournisseurs[16]. L'arbitrage en ligne s'y fait selon le Règlement d'arbitrage commercial de l'American Arbitration Association (AAA) et aucune règle spécifique à l'arbitrage en ligne ne s'applique. Autre exemple: le Conseil chinois pour la promotion du commerce international et la Chambre chinoise du commerce international ont adopté en 2009 le Règlement d'arbitrage en ligne de la Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC) (le "Règlement de la CIETAC")[17]. Ce Règlement s'applique surtout aux différends relatifs à des opérations de commerce électroniques entre entreprises portant sur de gros volumes.

10. L'arbitrage en ligne peut avoir recours à la gestion électronique des fichiers, système fermé dont l'accès est réservé aux parties et aux arbitres (dans le cas du site Web) ou utilisé seulement par l'institution arbitrale (dans le cas du réseau Intranet). Des exemples de systèmes de gestion électronique des fichiers sont le WebFile de l'AAA[18] et le NetCase de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI[19]. Ces deux

---

12 http://www.ecodir.org/fr/index.htm; http://www.ecodir.org/fr/odrp/reglements.htm.

13 C'était le cas dans l'expérience de médiation en ligne d'eBay.

14 MédiateurDuNet propose de communiquer par une plate-forme en ligne et par courrier électronique.

15 Le mécanisme de règlement des litiges de la Commission afghane de médiation des conflits (CCM), appelé M-Jirga (Mobile Phone Jirga), encourage le recours à la téléphonie mobile et à d'autres technologies. Les parties peuvent appeler un numéro spécial de leur téléphone mobile pour commencer le processus et enregistrer leur réclamation. Une assemblée de notables tient alors une conférence téléphonique pour écouter chaque réclamation et peut alors intervenir en rendant sa décision.

16 A/CN.9/706, par. 29.

17 Ibid., par. 25.

18 Le WebFile de l'American Arbitration Association (AAA) est une plate-forme de règlement des litiges en ligne permettant de déposer une réclamation, de transférer et de télécharger des documents, de vérifier l'état d'avancement de la procédure et de communiquer avec l'ICDR au moyen d'un centre de messagerie. Les clients peuvent non seulement déposer une plainte en ligne mais aussi effectuer des paiements, gérer les dossiers en ligne, consulter les règles et

systèmes offrent une plate-forme de règlement des litiges en ligne permettant de déposer une réclamation, de transférer et de télécharger des documents et de communiquer avec les autres parties au litige[20].

III. Normes sur le règlement des litiges en ligne

A. Normes existantes

11. Il y a actuellement peu de normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne. De nombreuses normes de domaines connexes peuvent s'appliquer directement ou indirectement, telles que les textes juridiques sur la conciliation, l'arbitrage, le commerce électronique et les communications électroniques[21], ainsi que la réglementation sur la protection des consommateurs[22]. La présente section porte sur les normes existantes qui traitent spécifiquement du règlement des litiges en ligne à l'échelle internationale. Dans la plupart des cas, ces normes prennent la forme de lignes directrices établies par des organisations internationales non gouvernementales. Aucune de ces lignes directrices ne prévoit actuellement la création d'un système complet de règlement des litiges en ligne.

Chambre de commerce internationale

12. Les Lignes directrices de la Chambre de commerce internationale (CCI) sur l'utilisation des technologies de l'information dans l'arbitrage (les "Lignes directrices de la CCI") examinent les questions liées à l'utilisation des technologies de l'information dans le contexte de l'arbitrage international et établissent des normes opérationnelles à cette fin. Elles comprennent une section sur la manière d'utiliser les Normes opérationnelles sur l'utilisation des technologies de l'information dans l'arbitrage international ("Normes de la CCI"), dans laquelle sont présentées des procédures types permettant aux parties et aux arbitres d'échanger des informations sur leurs capacités de recourir à des solutions

---

procédures, transférer des documents par voie électronique, choisir des tiers neutres, utiliser un tableau de message réservé à l'affaire et contrôler l'état de l'affaire. https://apps.adr.org/webfile/.

19 Le système NetCase permet aux arbitres et aux parties de communiquer en ligne et facilite la gestion de la procédure d'arbitrage dans un environnement en ligne sécurisé. Il permet à toutes les parties à l'arbitrage de communiquer électroniquement via un site Web sécurisé pour mener la procédure, de stocker et d'organiser des documents sur la plate-forme en ligne sécurisée de la CCI et d'accéder à tout moment aux informations concernant la procédure. Il comprend également des forums où les participants autorisés peuvent communiquer. www.iccwbo.org/id19772/index.html.

20 Des informations plus détaillées sur l'utilisation de ce système devraient être recueillies, aucune donnée n'étant disponible actuellement.

21 Par exemple, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005 (Convention sur les communications électroniques), la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, avec l'article 5 *bis* ajouté en 1998, et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques de 2001.

22 Par exemple, le Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, qui s'applique depuis 2009 aux litiges transfrontaliers d'ordre civil ou commercial dont la valeur ne dépasse pas 2 000 euros.

informatiques dans les procédures d'arbitrage. Les parties peuvent convenir d'appliquer les Normes de la CCI et, dans ce cas, elles doivent préciser le mode de communication – tel que le courrier électronique ou un site Web – en adressant à l'autre partie et à l'arbitre ou au tribunal arbitral le formulaire joint aux Lignes directrices de la CCI[23].

13. Les Normes de la CCI disposent que les parties doivent veiller à la bonne gestion de leur messagerie électronique et notamment vérifier régulièrement le courrier reçu et accuser réception de chaque message manuellement, ou signaler sans tarder à l'expéditeur toute donnée manquante ou incompréhensible. Elles disposent aussi que les parties doivent convenir d'un protocole dans le cas où elles souhaitent appliquer des mesures de sécurité supplémentaires ou communiquer au moyen d'un site Web administré par un tiers neutre. En outre, elles précisent les aspects techniques de la présentation électronique des réclamations, des pièces et des éléments de preuve (y compris la méthode de conversion des documents papier au format électronique, la compatibilité des formats des fichiers, la possibilité d'y effectuer une recherche, le partage des fichiers et les caractéristiques du système de fichiers qui sera utilisé pendant toute la procédure d'arbitrage). Par exemple, les fichiers électroniques doivent être des photocopies électroniques des originaux et en tout état de cause, à moins que les parties n'en conviennent autrement ou que l'arbitre ou le tribunal arbitral n'en décide autrement, les documents papier doivent être accompagnés d'un CD ou d'un DVD contenant les fichiers électroniques correspondants. En outre, chaque partie doit s'assurer tout au long de l'arbitrage que les fichiers sont bien conservés et ne sont pas altérés, et que leurs noms reflètent leur contenu.

Organisation de coopération et de développement économiques

14. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a examiné les questions liées aux différends faisant intervenir les consommateurs dans le cadre de l'élaboration des Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (1999) et de la Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation (2007)[24].

Global Business Dialogue on e-Society

15. Le Global Business Dialogue on e-Society (GBDe) est une initiative lancée par le secteur privé en janvier 1999 pour contribuer à l'élaboration d'un cadre mondial pour l'économie en ligne qui commence à prendre corps[25]. En novembre 2003, le GBDe s'est entendu avec Consumers International, organisation non

---

[23] La partie en question doit remplir le formulaire concernant l'application des normes (Standards Initiation Form) et le soumettre à l'autre partie ainsi qu'à l'arbitre ou au tribunal arbitral dans les 10 jours ouvrables, et l'autre partie doit répondre et remplir également ce formulaire. Celui-ci contient des informations détaillées sur les entités concernées, le champ d'application, les formats de fichiers proposés et des informations permettant de vérifier l'interopérabilité et la compatibilité des systèmes. Une fois toutes les informations échangées, les formulaires des deux parties sont réunis en un formulaire récapitulatif (Consolidation Form), qui est approuvé par l'arbitre ou le tribunal arbitral.

[24] A/CN.9/706, par. 14.

[25] Ibid., par. 27 et 28.

gouvernementale internationale, sur des lignes directrices pour la fourniture de services de règlement des litiges dans le contexte du commerce électronique ("Accord du GBDe"). Cet accord énonce les principes relatifs à la création d'un système alternatif de règlement des litiges destiné aux commerçants, aux fournisseurs de services de règlement des différends et aux pouvoirs publics. Ces principes soulignent la nécessité d'adapter les mécanismes alternatifs de règlement des litiges au contexte de la communication en ligne mais ne donnent aucune autre indication sur le règlement des litiges en ligne proprement dit[26].

Comité européen de normalisation

16. L'Accord d'atelier du Comité européen de normalisation (CEN) sur la normalisation des outils de règlement des litiges en ligne (2007) contient des lignes directrices (les "Lignes directrices du CEN") contenant des orientations générales qui permettent d'accéder à des ressources de règlement alternatif des litiges au moyen d'outils électroniques et mettant l'accent sur le règlement des litiges en ligne[27]. Les Lignes directrices du CEN classent les mécanismes de règlement des litiges en ligne de la manière suivante: négociation assistée, négociation automatique, médiation et arbitrage. En outre, elles traitent aussi des aspects techniques du règlement des litiges en ligne, tels que les caractéristiques de la communication électronique, la confidentialité et la sécurité.

B. Normes à l'examen

Organisation des États américains (OEA)

17. L'OEA étudie actuellement plusieurs initiatives dans le cadre de la Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé, parmi lesquelles une proposition d'initiative sous l'égide de l'État en vue du règlement des litiges internationaux portant sur des contrats électroniques de vente de biens et de services au consommateur[28].

Instrument facultatif (Bouton bleu)

18. Une autre proposition pour le règlement des litiges en ligne, mise au point par des universitaires de l'Union européenne, est un instrument facultatif de règlement des opérations entre entreprises et consommateurs, également appelé "Bouton bleu"[29]. Ce dispositif permettrait aux entreprises de proposer aux consommateurs ou à d'autres entreprises de régler le différend conformément aux dispositions d'un instrument facultatif, qui serait en fait un texte de loi européen sur les contrats et les ventes. Cet instrument facultatif assurerait un degré élevé de protection des consommateurs (comme l'exigent les directives européennes existantes) et comporterait des règles générales de droit des contrats et des ventes. Il ne s'appliquerait qu'à la vente de marchandises et contiendrait au minimum des règles

---

[26] www.gbd-e.org/pubs/ADR_Guideline.pdf.

[27] L'Accord d'atelier du Comité européen de normalisation (CEN) sur la normalisation des outils de règlement des litiges en ligne est disponible (en anglais seulement) à l'adresse: ftp://cenftp1.cenorm.be/PUBLIC/CWAs/STAND-ODR/CWA16026_STANDODR.pdf.

[28] On trouvera une description de cette proposition dans le document A/CN.9/706, par. 18.

[29] Ibid., par. 16.

sur les obligations précontractuelles, la conclusion du contrat, le contenu et l'interprétation du contrat, la validité, la dénonciation, les clauses abusives, l'exécution, la conformité et les recours possibles en cas de non-exécution. Si le client choisit le "Bouton bleu", ce texte de loi européen sur les contrats et les ventes s'appliquera au lieu du droit qui s'appliquerait autrement, conformément aux règles de conflit de lois.

IV. Questions qui pourraient être examinées

A. Définitions

19. La présente section contient les définitions de certains termes. Le Groupe de travail voudra peut-être les examiner et déterminer s'il convient de définir d'autres termes.

Règlement des litiges en ligne

20. Le terme "règlement des litiges en ligne" est défini dans l'introduction (voir par. 3 ci-dessus). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette définition suffit ou si elle doit être élargie aux négociations privées informelles ou aux négociations automatisées ou assistées (utilisant un logiciel de négociation ou un service en ligne)[30]. Dans ce dernier cas, il voudra peut-être envisager un texte qui pourrait être rédigé comme suit: "Le règlement des litiges en ligne désigne habituellement les modes alternatifs de règlement des litiges recourant aux technologies de l'information et de la communication (TIC) et en particulier aux formes électroniques d'interaction sur Internet. Il peut se faire entièrement ou partiellement en ligne. Il comprend le recours au courrier électronique, aux médias en continu, aux plates-formes de règlement des litiges en ligne, telles que les sites Web, et à d'autres technologies de l'information, dans le cadre du processus de règlement des litiges."

Prestataire de services de règlement des litiges en ligne

21. Le terme "prestataire de services de règlement des litiges en ligne" désigne un intermédiaire qui gère le processus et fournit une plate-forme de règlement des litiges en ligne permettant aux parties de résoudre leur différend suivant la méthode de leur choix.

22. La conciliation et l'arbitrage en ligne font généralement intervenir un prestataire de services de règlement des litiges en ligne. Toutefois, dans certains

---

[30] Dans la négociation automatisée, les parties négocient par l'intermédiaire d'un prestataire de services de règlement des litiges qui facilite le déroulement de la négociation, par exemple en contactant l'autre partie et en fournissant un logiciel ou une application permettant la négociation ou la proposition d'offres à l'aveugle. Un logiciel typique d'aide à la négociation permet aux utilisateurs d'analyser leur pouvoir de négociation en évaluant leurs objectifs, en les hiérarchisant et en calculant le résultat le plus efficace pour toutes les parties. Le processus d'offres à l'aveugle est un algorithme automatisé qui évalue les offres des parties et règle le litige si celles-ci se situent dans une fourchette définie. Dans la négociation assistée, les parties négocient à l'aide d'une plate-forme de règlement des litiges en ligne, qui facilite le processus en fournissant une technologie efficace et un espace réservé à la négociation.

États, les différends se règlent de manière informelle, sans l'aide d'un intermédiaire, surtout dans le cas de négociations informelles.

Plate-forme de règlement des litiges en ligne

23. Le terme "plate-forme de règlement des litiges en ligne" désigne un forum mis à disposition par un prestataire de services de règlement des litiges en ligne. Cette plate-forme peut être à accès public, comme un site Web (plate-forme ouverte) ou à accès limité ou restreint, comme un intranet ou un système interne de gestion des fichiers électroniques (plate-forme fermée).

B. Portée des travaux

24. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 1), la Commission a prié le Groupe de travail d'entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment entre entreprises et entre entreprises et consommateurs.

25. La Commission a noté qu'il avait été généralement estimé, pendant le colloque, que les mécanismes de recours judiciaire classiques ne constituaient pas une solution adéquate dans le cas des litiges relatifs au commerce électronique international et que la solution – assurant un règlement rapide des litiges au niveau international – résidait peut-être dans un système mondial de règlement en ligne des litiges entre entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes[31]. Le présent document n'accorde pas une attention particulière aux questions liées au droit de la consommation mais le Groupe de travail voudra peut-être garder cet aspect à l'esprit lorsqu'il examinera les questions soulevées ci-après. Il voudra peut-être examiner en particulier la question de savoir comment une norme sur le règlement des litiges en ligne peut être rendue compatible avec le droit de la consommation.

26. La Commission a aussi pris note des préoccupations exprimées concernant la difficulté d'harmoniser la législation sur la protection des consommateurs et est convenue que, même si les travaux devaient être soigneusement définis afin de ne pas porter atteinte aux droits des consommateurs, il serait possible d'élaborer un ensemble de règles génériques applicables tant aux opérations entre entreprises qu'aux opérations entre entreprises et consommateurs.

27. Compte tenu des débats et des décisions de la Commission, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer la portée et la forme exactes de ses travaux. Par exemple, si ceux-ci traitent avant tout des litiges portant sur de faibles montants, il faudra peut-être prévoir des normes souples, la notion de faible montant pouvant varier d'un État à l'autre.

---

[31] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 254.

C. Identification et authentification

28. Des mécanismes fiables d'identification et d'authentification devront être mis en place à différents stades de la procédure de règlement des litiges en ligne. Dans un environnement électronique, l'identité d'une partie peut être vérifiée au moyen de diverses technologies associées à la signature électronique ou à la gestion de l'identité. Les termes "authentification électronique" et "signature électronique" désignent diverses techniques servant à reproduire dans un environnement électronique certaines fonctions jugées caractéristiques de la signature manuscrite ou d'autres méthodes traditionnelles d'authentification, ou l'ensemble de ces fonctions[32]. La gestion de l'identité désigne le modèle économique actuel selon lequel les fournisseurs de services et autres entreprises doivent identifier et authentifier les utilisateurs qui souhaitent avoir accès à leurs services ou à leurs bases de données[33]. Étant donné que la confiance est un élément essentiel du règlement des litiges en ligne, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si les normes juridiques traitant de ce sujet devraient incorporer les normes existantes relatives aux signatures électroniques.

29. Le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 2001[34] précise que les fonctions d'une signature électronique sont les suivantes: identification d'une personne; certitude de son intervention personnelle dans l'acte de signature; et association de cette personne avec la teneur d'un document. La signature peut remplir diverses autres fonctions, selon la nature du document signé. Dans le contexte du règlement des litiges en ligne, elle peut attester de l'intention d'une partie d'être liée par une convention d'arbitrage ou d'engager une procédure d'arbitrage.

30. Le principe de neutralité technologique a été largement accepté dans les cadres législatifs et réglementaires à l'échelle mondiale[35]. La plupart des lois modernes sur le commerce électronique (dont bon nombre s'inspirent de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996)[36] épousent le principe de neutralité technologique et sont à même de faciliter la reconnaissance des nouvelles technologies utilisées en matière d'authentification électronique. À l'heure actuelle, les méthodes d'authentification électronique disponibles et utilisées sont les "signatures numériques", fondées sur la cryptographie à clef publique, les dispositifs biométriques, les techniques reposant sur l'utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN), les versions numérisées de signatures

---

32 Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.4, par. 15 à 23.

33 Voir A/CN.9/692, par. 48 à 66.

34 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

35 La neutralité technologique désigne l'idée que la législation devrait être faite de règles neutres couvrant toutes les situations où des informations sont générées, stockées ou transmises sous forme de communications électroniques, quels que soient la technologie ou le moyen utilisés, traitant toutes les technologies existantes de la même manière et facilitant l'utilisation de nouvelles technologies. Le principe de neutralité technologique revêt une importance particulière au vu de la rapidité des innovations et des progrès technologiques, et permet de faire en sorte que la loi puisse s'adapter aux évolutions futures sans devenir rapidement dépassée.

36 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

manuscrites, ainsi que d'autres méthodes telles que celle qui consiste à cliquer sur une case "valider"[37].

31. Pour ce qui est des signatures électroniques dans le contexte du règlement des litiges en ligne, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les normes juridiques devraient préciser qu'une signature électronique, quelle qu'en soit la forme, ou toute autre méthode d'identification, a la même valeur qu'une signature sur support papier, conformément au principe de l'équivalence fonctionnelle[38]. Une autre question est celle de savoir si ces normes devraient respecter le principe de neutralité technologique et ne pas faire de différence entre les différents types de techniques susceptibles d'être utilisées. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur la question de savoir s'il faut décourager la discrimination entre les signatures électroniques utilisées au niveau national et celles utilisées dans le cadre d'opérations commerciales internationales, qui risque d'entraîner une coexistence de deux régimes d'utilisation des signatures électroniques, créant un sérieux obstacle à l'utilisation de ces techniques.

D. Ouverture d'une procédure

32. Pour pouvoir recourir à la conciliation ou à l'arbitrage en ligne, les participants doivent avoir accès à la technologie requise par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer dans quelle mesure ce dernier doit préciser ces exigences techniques dans les conditions d'utilisation de ses services, que les parties doivent accepter. Dans le cas de la conciliation, le consentement se fait lorsqu'une partie envoie une invitation à la conciliation ou accepte d'y participer; dans le cas de l'arbitrage, il figure en principe dans la convention d'arbitrage[39].

33. Dans le cas du commerce électronique, les parties sont libres de convenir d'une méthode d'identification et d'authentification adaptée à leurs objectifs, sous réserve de considérations d'ordre public, conformément au principe de l'autonomie des parties. Le consentement à recourir à la communication électronique ne doit pas nécessairement être indiqué expressément ni revêtir une forme particulière: une telle exigence constituerait en soi un obstacle déraisonnable au commerce électronique. Toutefois, dans le domaine du règlement des litiges en ligne, il est possible d'obtenir une sécurité absolue en demandant aux parties, avant d'engager toute

---

[37] Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques de 2001, par. 33.

[38] Le principe de l'équivalence fonctionnelle, énoncé dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, dispose que, sous réserve que certains critères soient remplis, une communication électronique doit bénéficier du même degré de reconnaissance juridique que le document papier correspondant remplissant la même fonction. Dans la pratique, cela consiste à analyser les objectifs et les fonctions des documents papier traditionnellement exigés et de déterminer comment atteindre ces objectifs ou assurer ces fonctions avec les techniques du commerce électronique.

[39] Par exemple, pour utiliser le système NetCase de la CCI, les parties à un arbitrage et les arbitres doivent tous signer une déclaration d'acceptation des conditions d'accès et d'utilisation de NetCase, qui traite de la confidentialité, de la sécurité et de la propriété intellectuelle, ainsi que d'autres détails techniques et des conditions d'utilisation. Elle comprend également une disposition selon laquelle lorsque des documents sont mis en ligne sur NetCase, les délais courent à compter du lendemain de leur mise en ligne.

procédure, leur consentement explicite à utiliser des formes électroniques de communication.

34. La conciliation en ligne débute lorsqu'une partie envoie une invitation (en ligne) à l'autre partie ou demande au prestataire de services de règlement des litiges en ligne de la contacter. Cette demande peut se faire après avoir soumis une réclamation au prestataire, mais ce n'est pas une nécessité. Les éléments devant figurer dans une invitation à la conciliation figurent généralement dans un formulaire électronique que la partie doit remplir et soumettre au prestataire. La conciliation en ligne commence lorsque la partie invitée informe l'autre partie qu'elle accepte la conciliation.

35. Dans le cas de l'arbitrage en ligne, la convention d'arbitrage constitue la base de l'arbitrage. Dans la pratique, les cybermarchands peuvent choisir d'inclure une convention d'arbitrage dans le contrat conclu entre les parties ou dans un document distinct tel que les conditions générales applicables à l'opération, en leur demandant de cliquer sur le bouton correspondant ou de cocher une case certifiant qu'elles acceptent les conditions d'utilisation. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la pertinence du droit de la consommation en ce qui concerne la conclusion de conventions d'arbitrage dans un environnement en ligne.

36. Lorsqu'une convention d'arbitrage est conclue entièrement en ligne, par exemple dans le cas de l'acceptation en ligne de conditions générales, la question peut se poser de savoir si l'exigence de la forme écrite prévue à l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) est satisfaite[40]. Dans ce contexte, il convient de noter que la CNUDCI a adopté une recommandation tendant à promouvoir une interprétation souple dudit article (voir par. 73 ci-dessous).

E. Présentation d'une plainte, de mémoires et de preuves

1. Plainte, mémoire en demande et mémoire en défense

37. Dans le règlement des litiges en ligne, on peut s'attendre à ce que les mémoires en demande et en défense soient présentés par voie électronique via la plate-forme du prestataire de services de règlement des litiges en ligne. En outre, durant toute la procédure, les documents sont mis à la disposition des parties, ainsi que du conciliateur ou du tribunal arbitral, sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne. L'accès à certains documents peut être réservé à certains participants.

38. Dans certains systèmes, le mémoire en demande peut être présenté par voie électronique sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne (voir par. 23 ci-dessus) et une partie peut vouloir y joindre des documents. Des systèmes de présentation électronique des documents existent déjà, notamment le NetCase de la CCI et le Webfile de l'AAA (voir par. 9 et 10 ci-dessus). La question de la confidentialité et de la sécurité de la notification d'arbitrage et d'autres documents présentés par voie électronique ainsi que celle de la modification des documents

---

[40] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4735.

présentés par voie électronique doivent également être envisagées par l'application d'une technologie appropriée.

39. Dès réception du mémoire en demande, le personnel administratif du prestataire de services de règlement des litiges en ligne ou un processus automatisé doivent faire en sorte que le mémoire soit dûment enregistré et transmis par voie électronique à l'autre partie.

40. La modification du mémoire en demande ou du mémoire en défense pourrait être prévue à tout moment de l'arbitrage en ligne, à moins que le tribunal ne considère que les circonstances rendent de telles modifications inappropriées. La technologie utilisée par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne pourrait être supposée capable de traiter ces modifications et de transmettre les communications les concernant.

2. Présentation de preuves

41. Dans le cas de l'arbitrage, la présentation des preuves est régie par les lois pertinentes et les règles de procédure applicables. L'utilisation de la technologie dans l'arbitrage en ligne fait que la présentation de preuves doit y être conforme aux exigences techniques du prestataire de services de règlement des litiges en ligne concernant les types, tailles et formats de documents. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que ces questions peuvent être incluses dans la réglementation générale ou dans les conditions du prestataire de services de règlement des litiges en ligne.

42. Une exigence fondamentale de l'arbitrage est la garantie d'une procédure régulière et, pour ce qui est de la communication électronique, la production de preuves et de déclarations doit être examinée avec soin. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoit en son article 9 une norme appropriée concernant l'admissibilité d'une communication électronique comme preuve, à savoir que l'admissibilité ne devrait pas être refusée au seul motif qu'il s'agit d'une communication électronique ou, s'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que la communication n'est pas sous sa forme originale.

F. Nombre et nomination des conciliateurs ou des membres du tribunal arbitral

43. Les conciliateurs ou arbitres peuvent être nommés par les parties ou par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne à partir d'une liste tenue par ce dernier. Le montant sur lequel porte la réclamation peut être un élément à prendre en compte dans la décision du nombre de conciliateurs ou d'arbitres. La question de l'impartialité et de l'indépendance des conciliateurs ou arbitres est traitée ci-après (voir par. 48 à 50).

44. Sur une plate-forme de règlement des litiges en ligne, les parties peuvent recourir à diverses technologies pour nommer leurs conciliateurs. Pour ce qui est de la conciliation, les modèles existants permettent aux parties de désigner un certain nombre de personnes dans une liste fournie par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne en les classant par ordre de préférence. Le conciliateur

unique est alors nommé si le même nom apparaît sur la liste des deux parties. Une autre solution est de permettre au prestataire de services de règlement des litiges en ligne de nommer un conciliateur dans sa propre liste, ce qui peut accélérer la procédure, mais on risque alors que l'une des parties ne puisse accepter ce conciliateur pour certaines raisons.

45. Pour ce qui est de l'arbitrage, la question revêt une importance particulière. Il convient de préserver la capacité des parties à choisir leurs arbitres et, si une partie ne peut le faire, un mécanisme d'assistance pour la procédure de nomination devrait être prévu.

G. Impartialité et indépendance des conciliateurs ou des membres du tribunal arbitral

46. Dans le règlement des litiges en ligne, les principes de procédure s'appliquant à la conciliation et à l'arbitrage, tels que la transparence, l'impartialité, l'indépendance et la bonne foi, sont importants parce que les parties ne se rencontrent pas. Les doutes concernant l'indépendance et l'impartialité pourraient être résolus par des lignes directrices appropriées ou un code de conduite que les tiers neutres devraient respecter dans le règlement des litiges en ligne. Le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur cette question, ainsi que sur celle de savoir si une méthode appropriée de communication électronique devrait être mise en place pour préserver ces principes en assurant que tous les participants reçoivent simultanément toutes les informations pertinentes et que les parties sont informées de tous les actes de procédure tout au long du processus.

47. Dans le cas de la procédure d'arbitrage, les arbitres sont généralement tenus de signaler toute circonstance pouvant mettre en doute leur impartialité ou leur indépendance dans une affaire, norme qui pourrait être également envisagée pour le règlement des litiges en ligne. Une telle circonstance pourrait être signalée aux parties, aux autres arbitres et au prestataire de services de règlement des litiges en ligne, qui pourraient prendre toute mesure nécessaire pour remédier à la situation. Une fois encore, vu la rapidité et l'efficacité des communications électroniques, les délais de contestation ou de réponse dans de tels cas pourraient être plus brefs que dans l'arbitrage traditionnel.

H. Confidentialité et questions liées à la sécurité des communications

48. On peut considérer que la question de la confidentialité dans l'arbitrage comporte trois aspects: la protection de la vie privée durant la procédure, la confidentialité avant la sentence et la confidentialité après la sentence. La procédure d'arbitrage, l'existence d'arbitrages en cours et la sentence sont confidentielles.

49. Dans le règlement des litiges en ligne, l'exigence de confidentialité est étroitement liée à celle de la sécurité de l'environnement en ligne où se fait le règlement du litige. Outre les mesures techniques de sécurité des données et des communications électroniques, se pose la question de s'assurer que les participants sont soumis à des conditions garantissant que ces données et communications ne seront pas dévoilées à des parties non autorisées. De telles dispositions impératives sur la confidentialité peuvent déjà être présentes dans les règles générales du

prestataire de services de règlement des litiges en ligne, auxquelles les parties se soumettraient en entamant le processus.

50. Les questions de sécurité concernent tant la transmission que la conservation des communications électroniques[41]. La confidentialité, c'est-à-dire l'obligation de ne pas divulguer certaines informations à des personnes qui n'y ont pas droit et d'interdire à des intermédiaires de communiquer ces informations à d'autres personnes, vise à protéger les données et informations sensibles touchant le litige.

I. Communication entre les conciliateurs ou membres du tribunal arbitral et les parties

51. Une des fonctions du prestataire de services de règlement des litiges en ligne est d'assurer durant toute la procédure une communication efficace entre les parties et le conciliateur ou arbitre. Dans le cas de la conciliation, les parties peuvent communiquer avec le conciliateur conjointement ou séparément. La technologie utilisée par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne doit pouvoir permettre les communications conjointes ou distinctes, les échanges confidentiels ne devant pas être accessibles à l'autre partie. Dans le cas de l'arbitrage, la technologie utilisée par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne doit permettre des communications fluides entre les parties et la tenue d'audiences en ligne conformes aux règles pertinentes. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de préciser les règles de conduite et la technologie nécessaires à cet égard.

52. Étant donné que le règlement des litiges en ligne se veut efficace et rapide, on pourrait se demander si une norme juridique devrait régir spécifiquement les questions d'accusation de réception des communications électroniques. Comme le règlement des litiges en ligne se fonde sur des moyens de communication électroniques, ses règles concernant l'expédition et la réception des communications – qui peuvent différer de celles des méthodes traditionnelles de règlement des litiges – devront être précisément définies. La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, de 2005 (Convention sur les communications électroniques)[42] et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pourraient fournir des orientations utiles à cet égard.

---

[41] Le processus est exposé aux risques suivants: des tiers non autorisés peuvent avoir accès à l'information (confidentialité); les données transmises peuvent être modifiées sans autorisation (intégrité); la collecte et la diffusion des informations ne sont pas sécurisées et les informations, ne restant pas confidentielles, sont accessibles au public (protection de la vie privée); le processus de vérification de l'identité de l'utilisateur peut être compromis (authentification); la permission d'accès aux données est donnée à des personnes non autorisées (autorisation); les données ne peuvent être disponibles que pour la personne autorisée (disponibilité); et une partie peut nier tout lien avec une transmission électronique ou des preuves présentées (non-répudiation).

[42] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.

1. Moment de l'expédition

53. Le moment de l'expédition d'une communication électronique dépend du contrôle du système d'information utilisé. Selon l'article 10-1 de la Convention sur les communications électroniques, l'expédition a lieu lorsque la communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur. Si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de celui-ci, c'est-à-dire si les deux parties utilisent le même système d'information, le moment de l'expédition est celui où la communication est reçue.

2. Moment de la réception

54. Le moment de la réception d'une communication électronique varie selon qu'elle a été reçue à l'adresse électronique désignée à cette fin ou à une autre adresse. Si la réception se fait à l'adresse électronique désignée, on considère que le moment de la réception est celui où la communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse (art. 10 de la Convention sur les communications électroniques). Si la réception se fait à une adresse électronique non désignée, le moment de la réception est celui où la communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où le destinataire prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse (art. 10-2 de la Convention sur les communications électroniques). On présume généralement qu'une communication électronique peut être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci. Ces règles, conformes à celles de la communication papier, limitent la capacité du destinataire de retarder ou d'empêcher délibérément la transmission de la communication en n'en prenant pas connaissance. Elles tiennent aussi compte du fait que le système d'information du destinataire peut ne pas être accessible pour des raisons indépendantes de l'expéditeur (par exemple, l'utilisation de dispositifs filtrant les messages électroniques indésirables). Vu leur statut de normes de la CNUDCI, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure ces règles dans toute future norme juridique, selon qu'il convient.

3. Accusation de réception

55. Dans les situations où les parties ne sont pas convenues que l'accusé de réception sera donné sous une forme ou selon une méthode particulière, la réception peut être accusée par toute communication, automatisée ou autre, émanant du destinataire, ou par tout acte du destinataire (art. 14-2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

56. Si l'expéditeur a déclaré que l'effet du message de données est subordonné à la réception de l'accusé de réception, le message de données est considéré comme n'ayant pas été envoyé tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu (art. 14-3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique).

57. Les règles ci-dessus sont sous réserve du consentement des parties. Cependant, dans le contexte du règlement des litiges en ligne, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une norme juridique sur l'accusation de réception des communications électroniques nécessite une approche prescriptive.

4. Erreur

58. Avec l'utilisation accrue des systèmes automatisés, des erreurs peuvent se produire fréquemment dans la transmission électronique des documents. Dans le cas du commerce électronique, les systèmes automatisés prévoient normalement qu'une personne physique peut corriger une erreur. Lorsque cette possibilité n'est pas prévue, la personne a le droit de retirer la partie de la communication contenant l'erreur de saisie, à condition d'aviser l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et de ne pas avoir tiré d'avantage matériel ou de contrepartie de l'opération électronique (art. 14 de la Convention sur les communications électroniques).

J. Audiences

59. L'arbitrage en ligne peut nécessiter l'audition de témoins ou d'experts indépendants. Celle-ci peut se faire par vidéoconférence ou conférence téléphonique, ces services pouvant être intégrés à la plate-forme de règlement des litiges en ligne. Pour plusieurs raisons, il peut être nécessaire de conserver un enregistrement électronique ou une transcription de ces auditions, élément dont il faut tenir compte dans la mise en place d'un système de règlement des litiges en ligne.

60. Les dépositions pourraient se faire sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne, par écrit (si les parties et le conciliateur ou arbitre communiquent au moyen de boîtes de dialogue) ou oralement. Les dépositions orales pourraient se faire par vidéoconférence, conférence téléphonique ou des méthodes similaires, ces services pouvant être intégrés à la plate-forme de règlement des litiges en ligne. Ici aussi, il importe de conserver une trace de ces audiences.

61. Pour ce qui est de l'enregistrement des données électroniques, l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose que l'exigence de conservation des messages de données est satisfaite si l'information que contient le message est accessible pour être consultée ultérieurement, si le message est conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, et si l'information conservée permet de déterminer l'origine et la destination du message de données ainsi que la date et l'heure de la communication.

62. Dans le cas du règlement des litiges en ligne, la clôture de la procédure pourrait être signalée sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne, par exemple en mettant fin à l'accès des parties aux zones pertinentes de la plate-forme.

K. Représentation des parties et assistance

63. Dans le cas de la conciliation, les parties peuvent se faire assister ou représenter par d'autres personnes à condition de fournir les noms de celles-ci au conciliateur. Cette assistance pourrait aussi être permise dans le contexte de la conciliation en ligne, auquel cas les conditions de la participation de ces représentants devraient être déterminées. Il pourrait être utile de prier les parties de communiquer les noms de ces représentants et de préciser à quel titre ils interviennent sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne. Il est peut-être

aussi souhaitable de déterminer quelle partie assume les conséquences et les risques liés à la participation de représentants (tels que le partage de mots de passe et des informations de connexion, la prise de décisions ou la conclusion d'accords au nom de la partie, etc.). Les parties à un arbitrage peuvent se faire assister ou représenter de même par des personnes de leur choix. Il faudra déterminer les conditions de la participation de représentants à l'arbitrage en ligne, notamment l'obligation de fournir leurs noms au tribunal arbitral et de préciser à quel titre ils agissent. Ces informations pourraient être soumises au moyen de la plate-forme de règlement des litiges en ligne. Comme pour la conciliation, il faudrait aussi se poser la question de savoir qui assumerait les conséquences et les risques liés à cette participation.

L. Lieu de l'arbitrage

64. Le lieu de l'arbitrage a un effet juridique sur plusieurs questions, telles que le droit procédural interne applicable, les procédures d'annulation, la compétence du tribunal pour ce qui est d'accorder des mesures provisoires ou d'assister et superviser le tribunal arbitral pour certaines questions, ainsi que la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

65. Dans le cas de l'arbitrage en ligne, la décision du lieu de l'arbitrage peut poser problème. Par exemple, les parties et les arbitres peuvent se trouver en différents endroits, ou l'endroit où se trouve effectivement une partie peut différer de l'adresse qu'il a indiquée. Pour éviter les controverses lors du processus d'arbitrage et, par la suite, en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, il peut être utile de déterminer le lieu de l'arbitrage plutôt que de le laisser les parties en décider. Le lieu de l'arbitrage peut aussi influer sur l'application de règles de droit impératives et de considérations d'ordre public sur l'arbitrage en ligne.

M. Accord issu de la conciliation et clôture de la procédure

66. Pour ce qui est de la conciliation et de l'arbitrage, les parties peuvent mettre fin à la procédure au moyen d'un accord issu de la conciliation. Dans le cas de la conciliation, un accord peut être établi par les parties ou par le conciliateur à la demande des parties; dans le cas de l'arbitrage, le tribunal arbitral peut constater le règlement par une sentence si les parties le demandent et s'il en est d'accord. Dans les deux cas se pose la question de conclure et de signer un accord ayant force exécutoire pour les parties. Des méthodes de signature électronique appropriées peuvent être envisagées à cette fin.

67. Le prestataire de services de règlement des litiges en ligne devrait veiller à ce que toutes les communications relatives à la clôture de la procédure soient transmises sans délai à tous les participants, sous une forme permettant d'en apporter la preuve, y compris par courrier électronique ou d'autres formes de communication écrite, au moyen de la plate-forme de règlement des litiges en ligne. Celle-ci doit être spécialisée et permettre l'envoi et la conservation de telles communications et des données électroniques pertinentes (voir par. 61).

N. Questions liées à l'exécution

68. La conciliation en ligne et l'arbitrage en ligne seraient probablement plus attirants si les accords conclus bénéficiaient d'un régime d'exécution rapide, et c'est là une question sur laquelle le Groupe de travail voudra peut-être se pencher.

69. Dans le cas de la conciliation traditionnelle, les méthodes d'exécution d'un accord peuvent varier considérablement d'un système juridique à l'autre en fonction des aspects techniques du droit procédural interne. Certains pays imposent des exigences telles qu'une signature ou un accord écrit, alors que dans d'autres pays il n'y a pas de disposition spéciale et les accords issus de la conciliation sont exécutoires au même titre que n'importe quel contrat entre les parties. La législation de certains pays prévoit que les parties ayant réglé un différend par la conciliation ont le droit de nommer un arbitre aux seules fins de rendre une sentence fondée sur l'accord conclu par les parties. Dans certains pays, le statut d'un accord issu de la conciliation diffère selon que la conciliation s'est tenue au sein de l'appareil judiciaire ou non et selon qu'une procédure judiciaire concernant le litige est en cours ou non. Certains systèmes juridiques prévoient une procédure d'exécution simplifiée si l'accord issu de la conciliation a été signé par les parties et leur conseil et s'il stipule que les parties peuvent en demander l'exécution suivant la procédure simplifiée. Les accords issus de la conciliation peuvent aussi être soumis à une procédure d'exécution accélérée si par exemple ils ont été légalisés ou homologués par un juge.

70. L'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[43] laisse la question de l'exécution au droit interne applicable, permettant aux États de mettre en œuvre une procédure d'exécution des accords issus de la conciliation. Conformément à cette disposition, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut traiter de la question de l'exécution de ces accords dans le cas de la conciliation et, dans l'affirmative, s'il convient de le faire sous la forme d'un règlement, de règles, d'un commentaire ou d'une autre manière[44].

71. Dans le cas de l'arbitrage commercial international, les sentences arbitrales étrangères sont reconnues et exécutées en vertu de la Convention de New York. Celle-ci ne traite pas de l'admissibilité des communications électroniques s'agissant des aspects importants de l'arbitrage du point de vue de la reconnaissance et de l'exécution (par exemple l'exigence selon laquelle la convention d'arbitrage doit être écrite et les conditions formelles de présentation de la sentence aux fins de la reconnaissance et de l'exécution)[45]. L'article II de la Convention de New York dispose que chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre un différend à un arbitrage. L'article IV dispose que l'original dûment authentifié ou une copie certifiée de cet original doivent être fournis pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

---

[43] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.

[44] Voir aussi le *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale*, par. 87 à 92.

[45] Cette question a été traitée dans la recommandation relative à l'interprétation des articles II-2 et VII-1 de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958 (voir par. 74 ci-dessous).

72. Il convient de noter que la Convention sur les communications électroniques comporte en son article 20 une disposition précisant que les communications électroniques peuvent aussi être utilisées en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'appliquent certaines conventions, dont celle de New York. La Convention sur les communications électroniques s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents (art. 1). La référence à la Convention de New York a été ajoutée à la liste de l'article 20 de la Convention sur les communications électroniques afin de réaliser certains progrès dans l'interprétation uniforme de l'exigence d'un écrit figurant à l'article II-2 de la Convention de New York. L'inclusion d'une référence à la Convention de New York à l'article 20 de la Convention sur les communications électroniques vise à fournir une définition uniforme du terme "écrit", qui soit plus compatible avec l'évolution des pratiques technologiques de l'arbitrage commercial international. Elle vise également à fournir une solution à l'exigence de l'article IV-1 b) de la Convention de New York, selon laquelle un original de la convention d'arbitrage doit être fourni. Cependant, cette interprétation ne vaudrait que dans les cas où s'applique la Convention sur les communications électroniques.

73. En outre, il convient de noter que la Commission a aussi adopté, à sa trente-neuvième session en 2006, une "Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958"[46]. La recommandation a été rédigée compte tenu de l'utilisation de plus en plus étendue du commerce électronique, ainsi que des lois internes et de la jurisprudence, plus favorables que la Convention de New York à l'égard de l'exigence de forme régissant les conventions d'arbitrage, les procédures d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales. La recommandation encourage les États à appliquer le paragraphe 2 de l'article II de la convention en "reconnaissant que les cas s'y trouvant décrits ne sont pas exhaustifs". En outre, elle incite les États à adopter la version révisée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[47] (voir ci-dessous, par. 80). Les deux options de la version révisée de l'article 7 établissent un régime plus favorable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales que celui prévu par la Convention de New York. Conformément au principe de la "loi la plus favorable" posé au paragraphe 1 de l'article VII de cette convention, la recommandation précise que "toute partie intéressée" devrait être autorisée à "se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention".

74. L'article V-1 a) de la Convention de New York dispose que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère peuvent être refusées si la convention d'arbitrage n'est pas valable en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue (à condition que les parties ne l'aient pas subordonnée à une autre loi). L'article V-1 d) de la Convention de New York dispose que la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la loi du pays ou l'arbitrage a eu lieu.

---

[46] A/61/17, annexe 2.

[47] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4.

Le sens des expressions “le pays où la sentence a été rendue” et “le pays ou l’arbitrage a eu lieu” peut être ambigu dans le cas de l’arbitrage en ligne, pour les raisons examinées plus haut à propos de la détermination du lieu de l’arbitrage (voir par. 64 et 65 ci-dessus).

75. Plusieurs questions pratiques peuvent se poser en ce qui concerne l’exécution des sentences: si la sentence est délivrée ou devrait être délivrée sur papier, dûment signée et estampillée par les arbitres ou le prestataire de services de règlement des litiges en ligne, et envoyée aux parties; si une copie électronique ou scannée d’un original papier portant les signatures et sceaux nécessaires pourrait être considérée comme dûment authentifiée; ou si des règles spéciales devraient s’appliquer à la définition de l’authentification en bonne et due forme des sentences arbitrales issues d’une procédure en ligne. Il reste aussi à déterminer ce qu’est une “copie” d’une sentence arbitrale issue d’une procédure en ligne et dans quelles circonstances elle peut être acceptée aux fins de la reconnaissance et de l’exécution. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l’application des mécanismes d’exécution prévus par la Convention de New York devrait être considérée comme une solution optimale pour le règlement en ligne de litiges mineurs. Il voudra peut-être examiner en outre si un système spécifique devrait être mis en place pour assurer l’exécution des sentences relatives à ces litiges ou éviter tout simplement la nécessité de les exécuter.

O. Loi applicable

76. Les arbitrages sont régis par le droit matériel et procédural qui peut être approuvé par les parties ou désigné d’une autre manière. Un instrument efficace sur le règlement international des litiges en ligne pourrait régler la question de la certitude quant au droit applicable.

77. Les parties peuvent convenir du droit applicable dans le contrat au moment de l’opération. Cet accord est souvent inclus dans les conditions générales de vente s’appliquant à l’opération (dans le cas des opérations en ligne en particulier, les acheteurs peuvent ne pas avoir connaissance d’une telle clause bien qu’ils aient accepté les conditions de vente en cliquant sur le bouton correspondant). Les parties peuvent aussi convenir du droit applicable après que le différend est survenu. Il convient également de déterminer si des lois impératives et des considérations d’ordre public concernant par exemple les consommateurs pourraient s’appliquer à l’arbitrage en ligne, et de quelle manière.

78. En l’absence d’un accord des parties, le droit matériel applicable est généralement déterminé par le droit international privé du for. Dans le cas de l’arbitrage en ligne, cela peut poser problème parce que le lieu de l’arbitrage peut être incertain[48]. D’un autre côté, si le règlement d’arbitrage ou l’accord conclu par les parties le permettent, l’arbitre peut se voir accorder une grande latitude pour décider du droit matériel applicable.

79. Les parties peuvent convenir des règles de procédure applicables dans leur contrat au moment de l’opération, auquel cas ces règles s’appliquent. Les parties peuvent aussi reporter cet accord jusqu’après la survenance du litige mais, dans le

---

[48] Voir plus haut la section L sur le lieu de l’arbitrage.

cas des arbitrages en ligne en particulier, il peut y avoir un risque que les parties ne puissent communiquer efficacement, compte tenu de l'existence du litige et de la distance entre elles.

80. Le droit du for en matière d'arbitrage est le droit de référence pour plusieurs questions de procédure non régies par les règles décidées par les parties ou fixées par l'arbitre.

81. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que certains textes législatifs sur l'arbitrage seraient plus favorables au développement du règlement des litiges en ligne. Pour ce qui est de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, la version initiale (1985) de l'article 7 sur la définition et la forme de la convention d'arbitrage suivait de près le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, lequel exige que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite. Les praticiens ont fait observer que dans un certain nombre de situations, il était difficile, voire impossible, de rédiger un document écrit. Dans ces cas, lorsque la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage était incontestable, la validité de la convention d'arbitrage devrait être reconnue. C'est pourquoi la Commission a modifié l'article 7 en 2006 pour mieux tenir compte des pratiques en matière de contrats internationaux. Ce faisant, elle a adopté deux options reflétant deux manières différentes de traiter la question de la définition et de la forme de la convention d'arbitrage. La première option suit la structure détaillée du texte initial de 1985. Elle suit la Convention de New York en exigeant que la convention d'arbitrage soit sous forme écrite mais considère comme équivalant à l'"écrit" traditionnel le fait que le "contenu" de la convention soit consigné "sous une forme quelconque". La convention d'arbitrage peut être conclue sous n'importe quelle forme (y compris orale) pour autant que son contenu soit consigné. Cette nouvelle règle est importante car elle n'exige plus ni la signature des parties ni un échange de messages entre elles. Elle modernise le langage relatif à l'utilisation du commerce électronique en s'inspirant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et de la Convention sur les communications électroniques. La deuxième option définit la convention d'arbitrage de façon à ne poser aucune exigence de forme. Les pays ayant adopté des lois reflétant le contenu de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international modifiée en 2006 créeraient un environnement plus favorable au développement du règlement des litiges en ligne.

P. Langue de la procédure

82. Le choix de la langue de la procédure de règlement des litiges en ligne est essentiel à son bon déroulement, puisque toute évolution du processus se fonde sur une communication claire et efficace entre les parties et le tiers neutre. La langue de la procédure peut être déterminée par les parties dans le cas des opérations entre entreprises mais dans le cas des opérations entre entreprises et consommateurs, par exemple, il peut y avoir des règles de droit impératives déterminant le choix de la langue.

83. La langue utilisée peut dépendre de plusieurs facteurs, tels que l'identité des parties, la langue de l'opération contestée, celle du site Web où l'opération a eu lieu ou celle du site Web administrant le règlement des litiges en ligne.

84. Les parties peuvent se mettre d'accord sur la langue avant ou après la survenance du litige. Dans certains arbitrages en ligne, une convention d'arbitrage est incluse dans le contrat qui fait l'objet du litige. Dans le cas des opérations de vente en ligne, les conditions générales peuvent contenir une telle clause.

85. En l'absence d'un accord entre les parties, la langue du règlement des litiges en ligne peut être déterminée par d'autres moyens, notamment par référence aux conditions de l'opération de vente ou à celles fixées par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne. Cependant, étant donné la nature du règlement des litiges en ligne, l'autonomie des parties à cet égard peut être limitée par le choix des langues disponibles sur la plate-forme de règlement des litiges en ligne.

86. La détermination du lieu de situation des parties a une incidence sur la langue de la procédure. Par exemple, une partie se trouvant dans un pays anglophone peut avoir accès à une plate-forme de règlement des litiges en ligne en anglais alors que la langue de la plate-forme peut être autre pour une partie située dans un pays où on parle une autre langue.

87. L'article 6-4 de la Convention sur les communications électroniques, qui porte sur le lieu de situation des parties, précise que ni l'endroit où se trouvent le matériel et la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information ni celui où d'autres parties peuvent accéder à ce système ne sont nécessairement pertinents pour ce qui est de déterminer le lieu d'établissement d'une partie. L'article 6-5 de la Convention introduit une règle similaire concernant l'utilisation des noms de domaines ou d'adresses électroniques associés à un pays particulier. De telles règles sont particulièrement utiles car l'accès aux communications électroniques peut désormais se faire de partout, à tel point que l'endroit où se trouve le matériel peut n'avoir aucune incidence sur la détermination du lieu d'établissement d'une partie.

Q. Coûts et rapidité de la procédure

88. Les services de règlement des litiges en ligne peuvent être gratuits ou payants. La question du coût peut influer sur la décision des parties de recourir à la procédure.

89. Dans les affaires complexes où la procédure peut nécessiter des auditions en ligne en plus des conclusions écrites, les parties peuvent décider d'utiliser d'autres technologies remplaçant ou complétant celles fournies par le prestataire de services de règlement des litiges en ligne. La répartition de ces coûts est un autre facteur important à prendre en compte par les parties qui optent pour le règlement des litiges en ligne.

90. Les recherches et les expériences sur le règlement des litiges en ligne indiquent que la possibilité de régler un différend plus rapidement que par un procès habituel ou un mode alternatif de règlement des litiges peut encourager les parties à recourir au règlement des litiges en ligne. Si elles peuvent régler leur différend sans devoir voyager, au moyen de communications électroniques rapides, elles seront peut-être davantage disposées à adopter le règlement des litiges en ligne. Étant donné que la vitesse de la procédure est un facteur déterminant, il semble raisonnable d'envisager d'adapter le cadre juridique du règlement des litiges en ligne de façon à favoriser cet aspect.

V. Conclusion

91. Pour lever les obstacles dus au papier dans les opérations électroniques et renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale dans les situations où sont utilisées les communications électroniques, la norme réglementaire devrait reconnaître juridiquement les principes fondamentaux de la non-discrimination, de l'équivalence fonctionnelle, de la neutralité technologique, de l'autonomie des parties et de la non-discrimination géographique. Ces principes du commerce électronique incorporés à la législation sur les opérations électroniques ont été établis pour les opérations entre entreprises. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les opérations entre entreprises et consommateurs peuvent nécessiter un ensemble de règles distinct.

92. L'élaboration d'une norme juridique pour le règlement des litiges en ligne soulève plusieurs questions qu'il faut examiner et dont plusieurs ont été mentionnées dans le présent document. Dans le cadre de ses délibérations, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes:

a) S'il convient de recommander pour le règlement des litiges en ligne un ensemble générique de règles de procédure qui pourraient couvrir les aspects suivants: le consentement à la conciliation ou à l'arbitrage (voir par. 32 et 33 ci-dessus); les exigences d'une convention d'arbitrage (voir par. 35 et 36 ci-dessus); les qualifications des conciliateurs et arbitres; le mode de nomination des conciliateurs et arbitres (par les parties ou d'une autre manière) (voir par. 43 à 45 ci-dessus); des lignes directrices ou un code de conduite pour conciliateurs et arbitres (voir par. 46 et 47 ci-dessus); des phases normalisées de la procédure de règlement des litiges en ligne, comprenant négociation, conciliation et arbitrage (voir par. 20 ci-dessus); la présentation des documents (voir par. 37 à 42 ci-dessus); la langue de la procédure (voir par. 82 à 87 ci-dessus); la conclusion des accords issus de la conciliation (voir par. 66 et 67 ci-dessus); et la brièveté des délais de présentation des documents et autres questions liées au coût et à la rapidité (voir par. 88 à 90 ci-dessus);

b) S'il faut prévoir une possibilité de recours devant les tribunaux et, dans l'affirmative, quels tribunaux et pour quels motifs (voir par. 68 à 75 ci-dessus);

c) Comment le "lieu de l'arbitrage" est déterminé et quelle est son importance (voir par. 64 et 65 ci-dessus);

d) Assurer la sécurité et la confidentialité des communications et des données et notamment empêcher toute divulgation irrégulière aux parties extérieures (voir par. 48 et 49 ci-dessus);

e) Si les normes juridiques relatives au règlement des litiges en ligne devraient incorporer les normes existantes sur les signatures électroniques (voir par. 28 à 31 ci-dessus);

f) Les principes applicables à l'échange électronique d'informations dans la procédure de règlement des litiges en ligne, notamment la neutralité technologique, la non-discrimination et l'équivalence fonctionnelle, tels qu'ils sont énoncés dans les normes existantes de l'ONU (voir par. 51 à 58 ci-dessus);

g) Quelle forme d'audience, le cas échéant, conviendrait au règlement des litiges en ligne (voir par. 59 à 62 ci-dessus);

h) La reconnaissance et l'exécution des sentences, en particulier de celles rendues en vertu de la Convention de New York, et notamment la définition du lieu de l'arbitrage, l'exigence d'une convention d'arbitrage écrite, la forme écrite et l'authentification des sentences (voir par. 68 à 75 ci-dessus); et

i) Si le droit applicable devrait être celui de l'État du vendeur, de l'acheteur ou un autre (voir par. 76 à 81 ci-dessus).

C. Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011) (A/CN.9/721)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-6

II. Organisation de la session 7-14

III. Délibérations et décisions 15

IV. Résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure 16-138

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 5 à 8) 18-26

B. Notes sur le projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 5 à 63) 27-138

1. Dispositions préliminaires (A/CN.9/WG.III/WP.107, projets d'articles 1 à 3) 27-89

2. Ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.107, projet d'article 4) . . 90-122

3. Négociation (A/CN.9/WG.III/WP.107, projet d'article 5) 123-133

4. Médiation et arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.107, projets d'articles 6 à 12) 134-138

V. Travaux futurs 139-142

I. Introduction

1. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les propositions tendant à inscrire à son programme de travail futur la question du règlement des litiges en ligne[1]. À ses trente-quatrième[2] (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001) et trente-cinquième[3] (New York, 17-28 juin 2002) sessions, elle a décidé de poursuivre, dans ses travaux futurs concernant le commerce électronique, les recherches et les études sur la question du règlement des litiges en ligne et de prier le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) de coopérer avec le Groupe de travail IV (Commerce électronique) s'agissant des travaux qui pourraient être

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 385.

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 287 et 311.

[3] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 180 et 205.

entrepris à l'avenir dans ce domaine. De sa trente-neuvième (New York, 19 juin-7 juillet 2006) à sa quarante et unième (New York, 16 juin-3 juillet 2008) sessions, la Commission a pris note des suggestions tendant à ce que le règlement des litiges en ligne soit maintenu sur la liste des questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs[4].

2. À sa quarante-deuxième session (Vienne, 29 juin-17 juillet 2009), la Commission a été saisie d'une recommandation l'invitant à réaliser une étude sur les travaux futurs qui pourraient être entrepris sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, afin de déterminer quels types de litiges relatifs au commerce électronique se prêteraient à des mécanismes de règlement en ligne, s'il serait utile d'élaborer des règles de procédure pour le règlement des litiges en ligne et s'il serait possible ou souhaitable de tenir une base de données unique d'administrateurs agréés de procédures en ligne, ainsi que d'examiner la question de l'exécution des sentences rendues à l'issue d'un processus de règlement des litiges en ligne dans le contexte des conventions internationales pertinentes[5].

3. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur la question du règlement des litiges en ligne, dans laquelle étaient résumées les discussions d'un colloque organisé conjointement par le Secrétariat, le Pace Institute of International Commercial Law et la Penn State Dickinson School of Law (A/CN.9/706)[6]. La Commission était également saisie d'une note soumise par l'Institut du droit commercial international à l'appui des travaux futurs possibles de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne, reproduite dans le document A/CN.9/710.

4. À cette session, après discussion, la Commission est convenue qu'un groupe de travail devrait être créé pour entreprendre des travaux sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs[7]. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que le sujet aurait été examiné plus avant.

5. À sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010), le Groupe de travail a commencé ses travaux concernant l'élaboration de normes juridiques sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique. Le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa vingt-deuxième session est publié sous la cote A/CN.9/716.

---

[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 183, 186 et 187; *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 177; et *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 316.

[5] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 338, et A/CN.9/681/Add.2, par 4.

[6] Ce colloque, intitulé "A Fresh Look at Online Dispute Resolution and Global E-Commerce: Toward a Practical and Fair Redress System for the 21st Century Trader (Consumer and Merchant)", s'est tenu à Vienne, les 29 et 30 mars 2010. Au moment de la rédaction du présent document, des informations sur ce colloque étaient disponibles à l'adresse suivante: www.uncitral.org/pdf/english/news/IICL_Bro_2010_v8.pdf.

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

6. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.III/WP.106, aux paragraphes 5 à 13, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne), composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-troisième session à New York du 23 au 27 mai 2011. Ont assisté à cette session les représentants des États membres suivants: Allemagne, Bénin, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Honduras, Iran (République islamique d'), Israël, Japon, Kenya, Malaisie, Mexique, Nigéria, Pakistan, Philippines, République de Corée, République tchèque, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Croatie, Équateur, Indonésie, Iraq, Koweït, Liban, Madagascar, Myanmar, Panama, Pays-Bas et Pérou.

9. Y ont aussi pris part des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Commission économique pour l'Afrique (CEA) et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

10. A également assisté à la session un observateur de l'organisation internationale intergouvernementale ci-après, invitée par la Commission: Union européenne.

11. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), Association of the Bar of the City of New York (NYCBAR), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Center for International Legal Education (CILE), Centre de recherche en droit public (CRDP), Chartered Institute of Arbitrators (CIARB), Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil des barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Cour d'arbitrage de Madrid, Forum for International Commercial Arbitration C.I.C (FICACIC), Institute of International Commercial Law (Penn State Dickinson School of Law), International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR), International Technology Law Association (ITECHLAW), Internet Bar Organization (IBO), Latin American E-Commerce Institute (ILCE), National Center for Technology and Dispute Resolution (NCTDR), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), Pace Institute of International Commercial Law et Résolution électronique des conflits pour les consommateurs (ECODIR).

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

Président: M. Soo-geun OH (République de Corée)

Rapporteuse: Mme Roselyn AMADI (Kenya)

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

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.III/WP.106); et

b) Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.107).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen du projet de règlement de procédure sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

15. Le Groupe de travail a poursuivi ses discussions sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique et examiné le projet de règlement de procédure (le "règlement de procédure") en se fondant sur le document A/CN.9/WG.III/WP.107. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV ci-dessous.

IV. Résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure

16. Il a tout d'abord été rappelé que le Groupe de travail s'intéressait en priorité aux opérations internationales de commerce électronique portant sur de faibles montants et de gros volumes et que le règlement des litiges en ligne constituait un mode de résolution des conflits qui était différent des précédentes normes de la CNUDCI sur l'arbitrage. Il a ensuite été rappelé que les travaux entrepris par le Groupe de travail avaient besoin d'être pragmatiques et réalistes afin d'être facilement appliqués en pratique.

17. Il a été dit que le Groupe de travail avait pour tâche non pas de rédiger un nouvel ensemble de règles d'arbitrage, mais de mettre en place un processus de nature à répondre aux besoins d'un moyen rapide et peu coûteux de régler les litiges dans un environnement en ligne. À cet égard, on a fait observer que le Groupe de travail devrait examiner en quoi un nouveau système de règlement des litiges en ligne s'écarterait des mécanismes classiques de règlement des conflits.

A. Remarques générales (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 5 à 8)

18. Le Groupe de travail s'est tout d'abord interrogé sur la question de savoir si la Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la "Convention de New York") était adaptée et applicable aux sentences

arbitrales rendues à l'issue de procédures de règlement de litiges en ligne. On a rappelé qu'à sa vingt-deuxième session le Groupe de travail était parti du principe que la Convention de New York s'appliquerait à l'exécution des sentences arbitrales dans le règlement des litiges en ligne. Selon un point de vue, les sentences arbitrales rendues à l'issue de procédures de règlement en ligne devraient être exécutoires en vertu de la Convention de New York mais on ne devrait examiner cette question qu'après avoir travaillé sur le règlement de procédure. Il a été noté que tout débat sur le rôle de la Convention de New York devrait tenir compte des conseils et des délibérations du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation).

19. L'avis a été exprimé que le Groupe de travail devrait traiter les questions de l'exécution des sentences et de l'applicabilité de la Convention de New York avant d'entamer les discussions sur le champ d'application du règlement de procédure. Il a été dit que le point de savoir quelle loi déterminerait la validité juridique de la convention de règlement des litiges à l'issue du processus de règlement en ligne devrait être examiné car, autrement, toute décision résultant de ce processus risquerait de ne pas être exécutoire.

20. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir si l'expression "faibles montants" devait être définie à ce stade où ultérieurement.

21. Il a été fait observer que la question de "la fracture numérique" devrait être abordée étant donné que certains pays en développement n'avaient pas facilement accès à Internet et pourraient ne pas être en mesure de participer complètement à un système de règlement des litiges en ligne. Il a également été fait observer que les communications électroniques englobaient aussi les téléphones portables, très largement utilisés dans un certain nombre de pays en développement, et notamment en Afrique.

22. Il a été estimé que, grâce aux nouvelles technologies, les audiences par visioconférence pourraient être rapides et peu onéreuses, même par rapport aux procédures se déroulant entièrement sur pièces, et que le règlement de procédure pourrait par conséquent prévoir la possibilité d'organiser des audiences à titre exceptionnel, étant souligné toutefois qu'il faudrait se pencher sur la question des coûts associés à la tenue d'audiences. C'est notamment pour cette raison qu'un appui a été exprimé en faveur de l'avis selon lequel le règlement de procédure devrait être orienté vers l'avenir pour pouvoir prendre en compte toute évolution que les technologies et la pratique seraient susceptibles de connaître dans un futur lointain.

23. Il a été proposé également de ne pas obliger les parties à passer par les trois étapes envisagées dans le règlement de procédure si elles souhaitaient, par exemple, agir rapidement et obtenir directement d'un tiers neutre qu'il rende une décision définitive et contraignante.

24 Il a été proposé de parler, dans le règlement de procédure, d'"arbitre" plutôt que de "tiers neutre" et de "sentence" plutôt que de "décision" afin de suivre la terminologie de la Convention de New York. Selon un point de vue différent, le Groupe de travail ne devrait pas examiner cette terminologie, qui avait trait aux questions d'exécution, avant d'avoir traité ces dernières.

25. Il a été demandé quelle forme définitive prendrait l'instrument devant être élaboré par le Groupe de travail et à quel moment la question devrait être abordée.

Le Groupe de travail est convenu que la question devrait rester ouverte afin d'être examinée à une prochaine session, une fois que les délibérations auraient suffisamment progressé.

26. Après un échange de vues, le Groupe de travail a conclu que la forme des instruments qu'il était appelé à mettre au point ne pourrait être arrêtée à ce stade. La possibilité d'élaborer un protocole à la Convention de New York pour l'exécution des décisions rendues dans le cadre du règlement de litiges en ligne a été évoquée, mais il a été jugé prématuré d'exprimer une opinion sur la faisabilité ou la nécessité d'un tel instrument.

B. Notes sur le projet de règlement de procédure (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 5 à 63)

1. Dispositions préliminaires (A/CN.9/WG.III/WP.107, projets d'articles 1 à 3)

Projet d'article premier (Champ d'application)

Paragraphe 1

27. Le Groupe de travail a d'abord examiné la question de savoir s'il faudrait définir le terme "internationale", qui pouvait être interprété comme faisant référence à l'emplacement d'une entreprise ou au lieu où se trouvaient le matériel et la technologie sur lesquels s'appuyait un système d'information. À cet égard, il a été proposé d'appliquer l'approche suivie dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005) (la "Convention sur les communications électroniques"), dont l'article premier prévoyait que la Convention s'appliquait "à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents". Il a également été proposé de renvoyer à la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, dont l'article 2 définissait un litige transfrontalier comme "tout litige dans lequel une des parties au moins [était] domiciliée ou [avait] sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie".

28. L'avis a été exprimé selon lequel il faudrait supprimer le terme "internationale" pour que le règlement de procédure s'applique également aux opérations nationales. À cet égard, il a été dit qu'il était souvent difficile pour un consommateur de déterminer si l'opération qu'il concluait était internationale ou non.

29. Selon un autre avis, il faudrait conserver ce terme pour les motifs suivants: il faisait partie du mandat confié au Groupe de travail par la Commission, il constituait un élément nécessaire pour appliquer la Convention de New York et il soulignait la nature indirecte de ces opérations qui nécessitaient une plus grande protection de l'acheteur. L'avis a également été exprimé que l'extension du champ d'application du règlement de procédure aux litiges nationaux irait au-delà du mandat confié par la Commission et que, dans tous les cas, les utilisateurs pourraient toujours élargir ce champ d'application s'ils le souhaitaient.

30. À l'issue des discussions, il a été décidé de placer le terme "internationale" entre crochets.

31. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il faudrait limiter la portée du règlement de procédure aux opérations "[effectuées] avec des moyens de communication électroniques". Il a été estimé que cette formule n'était pas claire, notamment dans le cas où une opération était lancée par téléphone et qu'une réponse était donnée par écrit sur papier. Il a aussi été estimé que la formule faisait une distinction injustifiable entre deux types d'achat, dans le cas par exemple d'un même produit pouvant être acheté dans un magasin ou par téléchargement à partir d'un site Web. Dans ce contexte, l'attention a été appelée sur la définition du terme "communication électronique" figurant dans le règlement de procédure, qui s'inspirait de la définition donnée dans la Convention sur les communications électroniques. Conformément à cette définition, ce terme avait un sens large et englobait la communication par télécopie et éventuellement la téléphonie sur Internet (VoIP).

32. Il a en outre été estimé qu'il faudrait préciser, dans la version anglaise, que la formule "effectuée avec des moyens de communication électroniques" faisait référence aux opérations, et non au mode de résolution des litiges.

33. On a rappelé au Groupe de travail que la Commission lui avait donné pour mandat de se concentrer sur la question "du règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs", et que les termes "internationales" et "opérations de commerce électronique" avaient par conséquent leur place dans les délibérations du Groupe de travail[8].

34. Il a été proposé d'ajouter, à la suite du paragraphe 1 du projet d'article premier, un paragraphe qui pourrait être libellé comme suit:

> "*Les parties peuvent convenir d'étendre le champ d'application du présent Règlement aux litiges nationaux et aux opérations effectuées hors ligne, notamment par le biais de documents sur papier*."

35. Il a été proposé de conserver le libellé actuel du paragraphe 1, car il ne précisait pas le type d'opération (entre entreprises, entre entreprises et consommateurs ou entre consommateurs) et ne parlait ni de "consommateurs" ni d'"entreprises", si bien qu'il était ouvert et souple et ne soulevait pas de problèmes quant à la définition des parties.

36. Il a également été proposé de mentionner, dans ce paragraphe, les opérations portant sur de faibles montants et de gros volumes. Il a en outre été proposé de définir l'expression "portant sur de faibles montants".

37. Il a été largement convenu que les opérations entre consommateurs devraient entrer dans le champ des travaux du Groupe de travail et du règlement de procédure. Les raisons invoquées étaient les suivantes: il était souvent difficile de faire la distinction entre un consommateur et une entreprise ou de définir ce qui constituait une "entreprise"; le volume d'opérations entre consommateurs donnant lieu à des litiges était important et en augmentation; et ce type d'opérations correspondait

---

[8] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

généralement à la définition d'opérations portant sur de faibles montants et de gros volumes.

Paragraphe 2

38. Il a été proposé de reformuler ce paragraphe comme suit:

> "*Le Règlement s'applique lorsque les parties à une opération en ligne sont convenues de soumettre aux présentes dispositions la résolution de tous les différends ou de certains des différends concernant la vente de marchandises ou la fourniture de services, sous réserve que celle-ci remplisse d'autres conditions ici énoncées*."

39. On s'est demandé si un litige ayant fait l'objet d'un règlement en ligne pourrait ensuite être porté devant un tribunal, en particulier dans la mesure où celui-ci pourrait estimer que la procédure suivie pour la résolution des litiges en ligne était moins approfondie que celle dont il disposait.

40. On s'est aussi demandé si le paragraphe devrait préciser sur quelles étapes de la résolution du litige les parties se mettaient d'accord lorsqu'elles convenaient d'appliquer le règlement de procédure.

41. Il a été proposé de supprimer le passage entre crochets figurant à la fin du paragraphe, à savoir "[*sous réserve du droit de l'acheteur d'exercer d'autres recours*]", au motif notamment qu'il remettait en question à la fois la décision de l'acheteur d'accepter l'arbitrage et l'applicabilité de la Convention de New York, laquelle prévoyait, a-t-on dit, que les conventions d'arbitrage liaient les parties. En réponse à cette proposition, l'avis a été exprimé que le libellé de l'article II-1 de la Convention de New York ne tranchait pas la question de savoir si, dans certains États, les différends impliquant des consommateurs pouvaient être réglés par voie d'arbitrage et si, par conséquent, la Convention s'appliquerait.

42. On a indiqué que le Secrétariat présenterait à une session ultérieure une étude sur la question de l'applicabilité des sentences prévues en vertu de la Convention de New York aux litiges impliquant des consommateurs.

43. Selon un autre avis, il faudrait conserver le passage entre crochets car il visait les situations où des conventions d'arbitrage contraignantes conclues avant la survenue du différend ne liaient pas nécessairement les consommateurs et où, par conséquent, une partie serait liée par la convention et l'autre non. Selon un autre avis encore, il faudrait conserver le passage entre crochets car la plupart des consommateurs préféreraient régler leur litige en ligne plutôt que de recourir à la solution coûteuse et moins attrayante de la procédure judiciaire.

44. Selon un autre avis, il faudrait remplacer le passage entre crochets par une formule insistant sur le droit de l'acheteur d'être suffisamment informé sur le processus de résolution du litige dans lequel il s'engageait, si l'on partait du principe que le processus dont l'élaboration avait été confiée au Groupe de travail serait équitable pour toutes les parties.

45. Il a été dit que, s'il était conservé, le passage entre crochets donnerait le droit à un acheteur de contester la compétence du tiers neutre, ce qui contredisait le paragraphe 4 du projet d'article 8 du règlement de procédure, lequel autorisait le tiers neutre à statuer sur sa propre compétence.

46. Il a été proposé de remplacer le passage entre crochets figurant au paragraphe 2 du projet d'article premier par la phrase suivante:

> "*Le Règlement s'applique sans préjudice des dispositions des traités internationaux et du droit national applicable auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par convention, notamment les dispositions visant à protéger les consommateurs*."

47. Selon le consensus qui s'est dégagé, il faudrait, pour équilibrer cette disposition, remplacer le mot "*acheteur*" par le mot "*parties*" dans le texte entre crochets.

48. Il a été proposé, proposition qui a été appuyée, de remplacer le passage entre crochets par la mention d'un délai, par exemple de six mois, dans lequel les demandes devaient être introduites en vue d'une procédure en ligne. Selon un avis contraire, il serait préférable que le droit national fixe ce genre de délais. Il a aussi été fait remarquer qu'un tel délai risquait de prolonger indûment la procédure de résolution des litiges en donnant à un acheteur la possibilité de saisir une juridiction étatique une fois le délai expiré.

49. À l'issue du débat, il a été décidé qu'en l'absence de consensus sur la modification du paragraphe 2 du projet d'article premier, ce dernier resterait en l'état pour l'instant et qu'il serait pris note des différentes propositions de modification en vue de leur examen ultérieur.

Paragraphe 3

50. Concernant le paragraphe 3 du projet d'article premier, les propositions suivantes ont été faites:

a) Plusieurs délégations ont exprimé l'avis que le paragraphe 3 devrait être supprimé au motif qu'il n'était pas possible de dresser une liste exhaustive des questions à exclure du règlement de procédure et qu'en toute circonstance les parties devraient avoir la liberté de décider d'appliquer ou non ce dernier à leur propre litige. À cet égard, il a été suggéré de modifier le paragraphe 1 pour préciser davantage la nature des litiges visés, en renvoyant au mandat de la Commission et en mentionnant les litiges portant sur de faibles montants et de gros volumes;

b) Selon un avis contraire, certaines questions devaient être exclues du champ d'application du règlement de procédure pour que ce dernier se concentre sur les opérations internationales de commerce électronique portant sur de faibles montants et de gros volumes. Il fallait également exclure les affaires complexes qui risquaient de soulever des questions de procédure difficiles ou longues à traiter, comme les actions contre les institutions financières, les affaires de propriété intellectuelle ou les litiges portant sur des dommages corporels;

c) Une autre solution a été proposée, consistant à définir les types de litiges qui tombaient dans le champ d'application du règlement de procédure plutôt que ceux qui en étaient exclus.

51. Il a été conclu que le paragraphe 3 devrait être supprimé et que le paragraphe 1 devrait être modifié pour préciser davantage les litiges visés par le règlement de procédure. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler le texte, en

tenant compte des propositions qui avaient été faites, afin qu'il l'examine à une session future.

Paragraphe 4

52. Un large soutien a été exprimé en faveur de la proposition visant à remplacer le libellé actuel du paragraphe 4 par le suivant:

"*L'utilisation du présent Règlement s'inscrit dans un cadre de résolution des litiges en ligne constitué par les documents suivants qui figurent ci-après en annexe et qui font partie intégrante du Règlement:*

a) Principes juridiques de fond pour la prise de décisions;

b) Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne et des arbitres;

c) Exigences minimales applicables aux administrateurs de procédures en ligne et aux arbitres, concernant notamment les normes et formats communs de communication ainsi que l'accréditation et le contrôle de la qualité; et

d) Mécanisme international d'exécution."

53. Il a toutefois été demandé s'il était approprié de mentionner ces points dans le texte même du règlement de procédure ou si ces dispositions ne devraient pas figurer ailleurs, notamment dans le contrat, dans la clause compromissoire relative à la procédure en ligne. Il a été fait remarquer que toute disposition supplémentaire devait être clairement portée à l'attention des consommateurs.

54. En réponse à une question concernant les mots "le Règlement est seulement un élément qui s'inscrit dans un cadre à définir pour assurer l'efficacité du système de résolution des différends en ligne" (A/CN.9/WG.III/WP.107, par. 13), on a expliqué, en renvoyant notamment aux paragraphes 21 et 115 a) du rapport du Groupe de travail III sur les travaux de sa vingt-deuxième session (A/CN.9/716), que parmi les documents à élaborer en vue de leur examen par le Groupe de travail figuraient le règlement de procédure; les normes pour les administrateurs de procédures en ligne; les principes juridiques de fond, dont ceux d'équité, pour la résolution des litiges et un mécanisme international d'exécution.

55. Il a également été proposé d'ajouter un paragraphe indiquant que toute règle supplémentaire visant les administrateurs de procédures en ligne devrait être conforme au règlement de procédure. Ce paragraphe pourrait être libellé comme suit: "*Toute règle supplémentaire doit être conforme au présent Règlement*". Cette proposition a recueilli un vaste soutien, et il a été conclu de placer ce paragraphe entre crochets en attendant qu'il soit décidé de son libellé définitif et de son emplacement dans le Règlement de procédure.

56. Un large soutien a été exprimé en faveur d'une proposition tendant à ajouter au projet d'article premier deux nouveaux paragraphes, dont le premier serait libellé comme suit:

"*Lorsque les parties sont convenues, dans les conditions de l'opération en ligne ou avant la naissance du litige, de résoudre leur litige conformément au*

présent Règlement, ce dernier ne s'applique que si l'acheteur a été clairement et dûment avisé de la convention d'arbitrage."

57. On a fait valoir que ce nouveau paragraphe devrait être placé entre crochets et que les mots "clairement et dûment avisé" devraient être définis de manière plus précise.

58. Le deuxième paragraphe proposé serait libellé comme suit:

"*Pour pouvoir utiliser le Règlement, le vendeur doit indiquer ses coordonnées*."

59. Il a été suggéré que le nouveau paragraphe proposé devienne le paragraphe 2 du projet d'article 3 et que les acheteurs soient également tenus de fournir leurs coordonnées.

60. S'agissant des deux nouveaux paragraphes proposés, il a été suggéré de les déplacer dans un autre article, éventuellement dans un projet d'article premier *bis*, étant donné qu'ils ne concernaient pas directement le champ d'application. L'on s'est demandé si l'utilisation des termes "acheteur" et "vendeur" était appropriée dans le contexte du règlement de procédure.

61. Il a été conclu de placer les nouveaux paragraphes proposés entre crochets dans le projet d'article premier, en attendant d'examiner leur emplacement à une future session, et d'étudier ultérieurement si les termes "acheteur" et "vendeur" étaient appropriés.

Projet d'article 2 (Définitions)

Paragraphe 3

62. Il a été suggéré de supprimer les mots "télégramme" et "télex" de la liste de moyens de communication et d'en ajouter de nouveaux tels que les services de minimessages (SMS).

Paragraphe 4

63. On a rappelé l'hypothèse de travail selon laquelle la résolution des litiges en ligne était un processus comprenant trois étapes et que le projet d'article 7 ne prévoyait pas la nomination d'un arbitre, mais constituait plutôt une phase analogue à la conciliation. Par conséquent, le tiers neutre agissant en vertu du projet d'article 7 ne pouvait pas être la même personne que celle agissant en vertu du projet d'article 8. Il a aussi été fait remarquer qu'un tiers neutre agissant dans le cadre du projet d'article 8 pourrait avoir besoin de connaissances juridiques spécialisées pour remplir son rôle.

64. Il a été répondu que l'objectivité du tiers neutre pouvait être remise en question pendant la conduite de la procédure en ligne du fait de sa participation à la médiation.

65. Selon un autre avis, il n'y avait pas de conflit lorsque le tiers neutre chargé de la médiation en vertu du projet d'article 7 était également la personne qui conduisait la procédure de résolution du litige en ligne en vertu du projet d'article 8.

66. On a appuyé l'idée selon laquelle un arbitre pourrait, dans des circonstances appropriées, examiner avec les parties les possibilités de recourir à une médiation en

vertu du projet d'article 7 et estimé qu'une telle procédure combinée pourrait être possible avec l'accord des parties. Toutefois, on s'est demandé avec inquiétude si la même personne pouvait surveiller la médiation et jouer ensuite le rôle d'arbitre, étant donné qu'elle pourrait avoir reçu des informations confidentielles des parties susceptibles de compromettre son impartialité.

67. Pour ce qui est de la possibilité de cumuler les rôles d'arbitre et de conciliateur, il a été fait référence au paragraphe 47 de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales et à l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002). Il a été noté qu'en général, la CNUDCI prévoyait une règle supplétive qui faisait la distinction entre le rôle de conciliateur et le rôle d'arbitre et laissait les parties libres d'en décider autrement. Si rien n'interdisait à un arbitre, ni ne le décourageait, d'examiner les possibilités de conciliation, il était essentiel que les parties sachent que les rôles d'arbitre et de conciliateur étaient distincts et expriment leur consentement quant au mode de règlement des litiges qui serait appliqué. Le Groupe de travail devrait par conséquent débattre de la question en gardant à l'esprit la nécessité de connaître l'intention des parties.

68. Il a été estimé que, compte tenu du coût lié à un arbitrage, il pourrait être nécessaire d'imposer des frais supplémentaires aux utilisateurs au cas où ils passeraient à cette étape.

69. Il a été fait observer que le règlement de procédure relatif à la résolution des litiges en ligne était peut-être différent du règlement d'arbitrage et qu'il fallait mettre l'accent sur l'aspect consensuel des processus en ligne car la plupart des litiges étaient réglés à ce stade.

Paragraphe 7

70. On s'est interrogé sur la fonction de la plate-forme de résolution de litiges en ligne et sur la question de savoir s'il s'agissait fondamentalement d'un canal de communication ou d'une boîte aux lettres électronique. Il a été répondu qu'une telle plate-forme était plus qu'une simple boîte aux lettres électronique. Il s'agissait en fait d'un logiciel interconnecté qui fonctionnait en utilisant un protocole commun.

71. Il a été proposé de modifier comme suit la définition du terme "plate-forme de résolution de litiges en ligne":

> "*Le terme 'plate-forme de résolution de litiges en ligne' désigne un système de résolution des litiges en ligne utilisé pour créer, transmettre, recevoir, conserver, échanger ou traiter de toute autre manière des communications électroniques dans le but de gérer et de résoudre des litiges*."

72. Il a aussi été proposé d'indiquer qu'un administrateur de procédures en ligne pouvait être défini en tant qu'"une ou plusieurs entités".

Paragraphe 8

73. Il a été proposé de modifier comme suit la définition du terme "administrateur de procédures en ligne":

> "*Le terme 'administrateur de procédures en ligne' désigne une entité qui opère dans le cadre général de la plate-forme de résolution de litiges en ligne et*

administre des processus de résolution de litiges en ligne conformément au présent Règlement."

74. On a fait remarquer qu'un examen plus poussé des concepts de plate-forme de résolution de litiges en ligne et d'administrateur de procédures en ligne aiderait le Groupe de travail à en comprendre les définitions.

Paragraphe 9

75. On s'est demandé s'il faudrait autoriser les administrateurs de procédures en ligne à choisir les services qu'ils offriraient pour telle ou telle étape du processus et les utilisateurs du système à choisir de recourir à telle ou telle étape de ce même processus.

76. Selon un avis, il fallait décourager une telle liberté de choix chez les utilisateurs du système car celle-ci rendrait le processus moins efficace.

77. Selon un autre avis, en traitant le règlement de procédure comme formant un tout unique et intégré, on satisfaisait à l'objectif de simplicité.

78. On a soulevé plusieurs points et questions concernant la définition de la procédure de résolution de litiges en ligne:

a) En gros, la procédure se divisait en deux parties, l'une consensuelle et l'autre obligatoire, et il fallait que le règlement de procédure indique clairement à quel moment se faisait la transition entre les deux; il fallait aussi que les parties sachent bien quand elles entraient dans la phase obligatoire;

b) À cet égard, il faudrait peut-être prévoir une règle différente relative à l'ouverture pour chaque phase de la procédure;

c) La question se posait de savoir s'il faudrait communiquer les informations issues de l'étape de la médiation au tiers neutre lors de la phase d'arbitrage;

d) Il faudrait peut-être prévoir une procédure d'arbitrage plus détaillée pour assurer l'exécution.

79. L'avis selon lequel il était important que l'arbitrage constitue la dernière étape, car cela inciterait les vendeurs à résoudre les litiges dès le début du processus, a été appuyé.

80. Plusieurs délégations ont indiqué que la résolution des litiges en ligne prenait progressivement la forme d'un processus en deux étapes, à savoir une étape consensuelle suivie, le cas échéant, par un arbitrage. Le Groupe de travail devrait étudier comment concevoir au mieux un système incorporant ces phases, en gardant à l'esprit le fait que l'arbitrage constituait une phase bien distincte du processus de résolution des litiges en ligne.

81. À l'issue de la discussion, il a été convenu de poursuivre l'examen du règlement de procédure en tant qu'ensemble unique s'appliquant à toutes les phases, sans perdre de vue que des variantes pourraient être nécessaires lorsque le Groupe de travail examinerait les différentes phases.

82. Il a été convenu que le Groupe de travail poursuivrait l'examen des définitions contenues dans le projet d'article 2 à une session future.

Projet d'article 3 (Communications)

Paragraphe 1

83. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet d'article 3, paragraphe 1, sans modification.

Paragraphe 2

84. Il a été proposé que le paragraphe 2 actuel soit divisé en deux paragraphes distincts comme suit:

> "*Les adresses électroniques du défendeur désignées pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement sont celles que le défendeur a notifiées à l'administrateur de procédures en ligne ou à la plate-forme de résolution de litiges en ligne au moment où il a accepté l'application du présent Règlement ou tout changement notifié pendant la procédure en ligne*."

> "*Les adresses électroniques du demandeur désignées pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement sont celles mentionnées dans la notification de résolution du litige en ligne ('la notification'), sauf indication contraire notifiée par le demandeur à l'administrateur de procédures en ligne ou à la plate-forme de résolution de litiges en ligne*."

85. La proposition tendant à scinder le paragraphe 2 du projet d'article 3 en deux paragraphes distincts a été largement appuyée, de même que le nouveau libellé proposé, même si, selon une opinion, il fallait conserver le libellé initial. Il a été suggéré d'inverser l'ordre des paragraphes de la proposition.

86. On a évoqué le cas de certains États qui exigeaient que les consommateurs prouvent qu'ils avaient tenté de régler le litige par la voie extrajudiciaire avant de pouvoir s'adresser à une juridiction étatique. Il a été proposé que, lorsque le défendeur ne répondait pas à la notification, l'administrateur de procédures en ligne certifie que le demandeur avait effectivement tenté de régler le litige par une procédure en ligne, certification qui aiderait le consommateur à satisfaire à cette exigence.

Paragraphes 3 et 4

87. Une proposition tendant à regrouper les paragraphes 3 et 4 du projet d'article 3 en un seul paragraphe a été appuyée. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de reformuler le texte en tenant compte des propositions qui avaient été faites, afin qu'il l'examine à une session future.

88. Une délégation a soulevé la nécessité de prévoir une règle exigeant une preuve de la remise de la demande dans les cas où un jugement par défaut était demandé et où l'acheteur était le défendeur.

89. Une proposition tendant à ajouter la phrase suivante au projet d'article 3 a été appuyée:

"*L'administrateur de procédures en ligne adresse un accusé de réception des communications électroniques d'une partie à toutes les autres parties à leurs adresses électroniques désignées.*"

2. Ouverture de la procédure (A/CN.9/WG.III/WP.107, projet d'article 4)

Projet d'article 4 (Ouverture de la procédure)

90. La question a été posée de savoir si le demandeur pourrait décider d'engager le processus de résolution du litige en ligne à l'étape de son choix et, dans l'affirmative, à quel moment il ferait ce choix. Il a également été demandé si un administrateur de procédures en ligne pourrait proposer des services uniquement pour certaines étapes du processus.

91. Il a été proposé de tenir compte, lors de l'élaboration du règlement de procédure, du pouvoir de négociation inégal entre les parties et du risque que la partie forte n'impose à la partie faible un système de résolution des litiges.

92. Il a été estimé que les quatre principes suivants avaient leur importance dans la conception du système de résolution des litiges en ligne:

a) Les décisions arbitrales doivent s'imposer aux parties afin d'assurer leur exécution efficace;

b) Lorsqu'ils se voient proposer d'accepter le règlement de procédure, avant ou après la naissance d'un litige, les acheteurs doivent être séparément, clairement et dûment avisés de la résolution du litige en ligne;

c) Les vendeurs en ligne devraient avoir l'obligation d'exécuter les décisions et avoir le droit d'engager un recours contre les acheteurs en cas de non-paiement;

d) Des règles ou des lignes directrices devraient énoncer les meilleures pratiques pour adresser des notifications en ligne aux parties, et des mesures adaptées devraient être élaborées pour que les demandes soient portées à l'attention des défendeurs.

93. On a également souligné l'importance de veiller à ce que le règlement de procédure tienne compte de la situation des pays en développement, où de petites et moyennes entreprises sans connaissances financières pouvaient être demandeurs et où, en l'absence de recours judiciaires efficaces, la résolution des litiges en ligne pouvait être leur unique option.

94. Un moyen, a-t-on dit, d'encourager les vendeurs à honorer leur obligation d'exécuter les décisions issues d'une procédure en ligne était de publier le défaut d'exécution de leur part.

Paragraphe 1

95. La proposition tendant à ajouter à la fin du paragraphe 1 du projet d'article 3 un paragraphe libellé comme suit a été appuyée:

"*L'administrateur de procédures en ligne adresse un accusé de réception des communications des parties [et du tiers neutre] à leurs adresses électroniques désignées*."

96. Il a été proposé que l'administrateur procède également à l'horodatage de la réception des communications.

97. Il a été précisé que la notification adressée aux parties concernant la disponibilité du contenu des communications des parties ou du tiers neutre ne signifiait pas que le contenu de ces communications était divulgué.

98. Il a également été proposé que tout commentaire accompagnant le règlement de procédure mentionne l'obligation faite aux parties de vérifier régulièrement la plate-forme pour connaître l'état d'avancement de leur dossier dans la procédure en ligne.

99. À l'issue d'une discussion sur le point de savoir si le projet d'article devait se référer à une heure locale déterminée, par exemple le temps moyen de Greenwich (GMT), il a été décidé de préciser dans tout commentaire accompagnant le règlement de procédure que la question de l'heure devait faire l'objet d'une interprétation souple dans ledit règlement afin d'assurer un traitement équitable aux deux parties et que les administrateurs de procédures en ligne pourraient élaborer leurs propres règles de procédure sur ce point pour autant qu'elles ne soient pas incompatibles avec le règlement générique.

100. Il a été proposé que le calcul de la date et l'accusé de réception des communications électroniques soient traités par des moyens techniques sur la plate-forme de résolution de litiges en ligne.

101. On a reconnu et souligné l'importance de la langue lors de la soumission des pièces, en particulier lors de la production d'éléments de preuve et de demandes par des acheteurs. En réponse, il a été estimé que les questions de langue ne poseraient probablement pas de problème dans la pratique car les éléments de preuve et les demandes seraient généralement soumis dans la langue du contrat initial et que, en tout état de cause, les plates-formes de résolution de litiges en ligne disposeraient de codes permettant un accès simultané dans différentes langues, technologie qui pourrait contribuer à résoudre les problèmes de langue.

102. Il a été estimé qu'il serait peut-être nécessaire de limiter le nombre de documents pouvant être produits par une partie afin de ne pas surcharger la plate-forme.

Paragraphe 2

103. En réponse à l'observation selon laquelle l'adverbe "*rapidement*" devrait être défini, il a été indiqué que celui-ci était déjà défini dans plusieurs instruments de la CNUDCI. On s'est largement déclaré favorable au maintien de cet adverbe.

104. La proposition de modification du paragraphe pour y insérer les mots "*par la plate-forme de résolution de litiges en ligne*" après "*communiquée*" a reçu l'assentiment général.

Paragraphe 3

105. La proposition de modification de la première ligne du paragraphe pour y insérer les mots "*à la plate-forme de résolution de litiges en ligne*" après "*communique*" a reçu l'assentiment général.

106. On a exprimé la crainte que le délai de cinq jours proposé pour la communication de la réponse ne soit trop court.

Paragraphe 4

107. On s'est demandé si les termes employés pour indiquer le point de départ de la procédure étaient appropriés, en d'autres termes comment on pouvait considérer que la procédure en ligne était ouverte avant que les deux parties aient signifié qu'elles acceptaient d'y participer.

Annexe A b)

108. Il a été dit qu'il faudrait examiner attentivement toute question relative à la protection des données ou au respect de la vie privée et à la sécurité en ligne lors de la communication d'informations concernant les parties durant la procédure en ligne.

Annexe A c) et annexe A d)

109. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il importait d'envisager de simplifier les motifs sur lesquels pourrait se fonder une demande et les réparations possibles pour assurer l'efficacité et la rapidité de la résolution des litiges en ligne.

Annexe A e)

110. Il a été proposé d'améliorer le texte en indiquant que les parties pourraient recourir à toute forme d'authentification électronique pour leur signature. Il a été estimé par ailleurs que la signature du demandeur n'était pas nécessaire.

Annexe A f)

111. Plusieurs délégations ont émis des doutes quant à la nécessité pour les parties de déclarer qu'elles étaient d'accord pour participer à la procédure en ligne (par exemple, en acceptant par un clic) si elles avaient antérieurement conclu une convention pour soumettre leurs litiges à une telle procédure. En réponse, il a été noté qu'une convention n'aurait pas toujours été préalablement conclue ou que l'acceptation par un clic pourrait servir aux parties pour convenir de faire appel à un administrateur de procédures en ligne particulier.

112. Il a été noté qu'il pouvait exister plusieurs administrateurs de procédures en ligne et que l'acceptation en question pouvait aussi porter sur le choix d'un administrateur particulier.

113. Il a été souligné que si le processus de résolution des litiges en ligne devait s'imposer aux parties et donc entraîner l'application de la Convention de New York, le défendeur devrait alors être clairement avisé de l'ouverture de la procédure.

114. Il a été décidé que la question de l'accord des parties à une procédure en ligne exprimé par une notification ou une réponse devrait être débattue plus avant, compte

tenu des divers scénarios, notamment de l'existence ou non avant le litige d'une convention entre les parties pour régler leurs litiges en ligne. Il fallait également, a-t-on dit, débattre plus avant de la situation où le défendeur refusait de se soumettre à la procédure en ligne et de la situation où sa réponse à la demande valait acceptation de recourir à une procédure en ligne.

115. Il a été proposé de modifier l'annexe A f) comme suit, et de placer le texte proposé entre crochets, en attendant que le Groupe de travail débatte de la question des conventions contraignantes conclues avant la survenue d'un litige par lesquelles les parties s'engageaient à se soumettre à une procédure en ligne:

> "[*f) une déclaration du demandeur par laquelle il dit accepter, ou avoir accepté le cas échéant (par exemple dans une convention d'arbitrage conclue avant la survenue du litige), de participer à la procédure de résolution du litige en ligne*]"

Annexe B d)

116. Il a été proposé de modifier l'annexe B d) comme suit, et de placer le texte proposé entre crochets, en attendant que le Groupe de travail débatte de la question des conventions contraignantes conclues avant la survenue d'un litige par lesquelles les parties s'engageaient à se soumettre à une procédure en ligne:

> "[*d) la déclaration du défendeur par laquelle il dit accepter, ou avoir accepté le cas échéant (par exemple dans une convention d'arbitrage conclue avant la survenue du litige), de participer à la procédure de résolution du litige en ligne*]"

Annexe B e)

117. Plusieurs délégations ont estimé qu'outre la signature électronique, toute autre forme d'authentification électronique devrait aussi être autorisée.

118. Il a été proposé d'ajouter dans le projet d'article 5 un nouveau paragraphe 5 relatif aux demandes reconventionnelles, qui serait libellé comme suit:

> ["*Si une partie introduit une demande en réponse à une demande introduite par l'autre partie ("demande reconventionnelle"), elle doit le faire auprès du même administrateur de procédures en ligne et pour la même opération litigieuse dans les [5] jours après que la notification de la première demande lui a été envoyée. La demande reconventionnelle est tranchée par l'arbitre nommé pour trancher la première demande*."]

119. Il a aussi été proposé d'ajouter le texte suivant:

> "[*Si le défendeur présente une demande reconventionnelle, il doit ensuite indiquer précisément ce qu'il compte obtenir*.]"

120. Il a été proposé d'ajouter une nouvelle annexe (annexe C) relative aux demandes reconventionnelles, qui comprendrait les points présentés aux alinéas c), d) et h) de l'annexe A.

121. Les questions suivantes ont été posées au sujet des demandes reconventionnelles:

a) Si les demandes et les demandes reconventionnelles seraient traitées par le même administrateur et le même tiers neutre;

b) Qui déciderait si une réponse constituait une demande reconventionnelle;

c) Quelles mesures seraient nécessaires pour assurer que les demandes reconventionnelles soient traitées au sein d'une même procédure, et non comme une demande au sein d'une procédure distincte.

122. Il a été estimé que l'annexe A g), accompagnée d'une disposition complémentaire à l'annexe B, pourrait être utile pour prévenir la multiplication des procédures portant sur un même différend.

3. Négociation (A/CN.9/WG.III/WP.107, projet d'article 5)

Projet d'article 5 (Négociation)

123. Selon un avis, le projet d'article 5 devrait examiner les conséquences de divers scénarios possibles de négociation entre les parties. Il a été noté, en réponse, que le libellé actuel du projet d'article traitait ces questions de manière simple et satisfaisante.

124. Le projet d'article 5 a suscité plusieurs questions:

a) Si une partie refusait de prendre part à la négociation, à quel moment l'autre partie pourrait-elle imposer le passage à la phase de médiation?

b) Comment un accord négocié devait-il être mis en œuvre dans la pratique?

c) Comment déclencher le passage de la phase de négociation à celle de médiation?

125. La question a été posée de savoir si le règlement de procédure serait obligatoire ou s'il pourrait être utilisé au choix des parties; dans la première hypothèse, il a été demandé instamment que le règlement de procédure demeure abstrait et souple pour faciliter la participation de divers administrateurs de procédures en ligne susceptibles de recourir à différentes technologies.

Paragraphe 1

126. Il a été montré que l'emploi d'un logiciel automatisé était un facteur essentiel pour traiter rapidement d'importants volumes d'affaires. On a fait observer que la négociation constituait une étape automatisée de la résolution du litige en ligne dans laquelle la technologie jouait le rôle de "quatrième partie" et que les systèmes utilisant cette technologie s'étaient révélés particulièrement efficaces pour résoudre un large pourcentage de litiges qui leur avaient été soumis.

127. Plusieurs propositions ont été faites pour le paragraphe 1:

a) Remplacer les mots "*Si le défendeur répond à la notification et accepte une des solutions proposées par le demandeur*," par "*En cas d'accord*";

b) Ajouter le mot "*automatiquement*", de sorte que le texte soit libellé ainsi: "*et la procédure de résolution du litige en ligne est automatiquement close*";

c) Ajouter les mots "*cette solution s'impose aux parties*";

d) Remplacer le paragraphe 1 par le texte suivant "*Si les parties parviennent à un accord, elles le communiquent à l'administrateur de procédures en ligne, auquel cas la plate-forme de résolution de litiges en ligne génère automatiquement un formulaire consignant cet accord*".

128. Il a été noté que, dans certains États, une affaire n'était déclarée close qu'après exécution de l'accord ou de la décision. Il a été proposé de donner au demandeur, en cas d'inexécution de l'accord, la possibilité de soumettre de nouveau sa demande et de saisir un tiers neutre pour qu'il prononce une décision.

129. On a souligné l'importance d'employer un langage simple qui soit accessible aux non-juristes.

130. À l'issue de la discussion, il a été conclu que le paragraphe 1 du projet d'article 5 serait modifié pour tenir compte du fait que la négociation prenait fin dès lors que l'accord avait été exécuté.

Paragraphe 2

131. Plusieurs propositions ont été faites pour le paragraphe 2:

a) Remplacer ce paragraphe par le texte suivant: "[*Si les parties n'ont pas résolu leur litige par voie de négociation dans les 10 jours qui suivent la réponse, l'une d'elles peut demander*...]";

b) Remplacer les mots "*Si aucune des solutions proposées par une des parties n'est acceptée par l'autre*" par "[*Si les parties ne sont pas parvenues à un accord*]";

c) Ajouter le texte suivant à la suite du paragraphe 2: "*Chaque partie peut refuser, dans un délai de [3] jours à compter de la réception de la notification de la nomination de l'arbitre, de fournir à l'arbitre les informations générées pendant la phase de négociation*";

d) Remplacer les mots "*Si aucune des solutions proposées par une des parties n'est acceptée par l'autre*" par "*À défaut d'accord*".

Paragraphe 3

132. Il a été proposé de placer le délai de "cinq (5) jours" entre crochets pour examen ultérieur. Il a aussi été estimé qu'il vaudrait peut-être mieux laisser aux administrateurs de procédures en ligne le soin de fixer ce type de délai. On a exprimé la crainte que le paragraphe 3 dans sa rédaction actuelle n'ait pour effet de forcer les consommateurs, lorsqu'ils étaient défendeurs, à se soumettre à la médiation ou à l'arbitrage.

133. Il a en outre été proposé d'ajouter les mots "et d'arbitrage" après les mots "phase de médiation" dans ce paragraphe.

4. Médiation et arbitrage (A/CN.9/WG.III/WP.107, projets d'articles 6 à 12)

134. Il a été suggéré de placer entre crochets l'expression "Médiation et arbitrage" qui figurait avant le projet d'article 6.

a. Nomination du tiers neutre (A/CN.9/WG.III/WP.107, projet d'article 6)

Projet d'article 6 (Nomination du tiers neutre)

Paragraphe 1

135. À propos de ce paragraphe:

a) Il a été convenu de supprimer l'expression "au hasard";

b) Il a été dit que la procédure à suivre pour la nomination du tiers neutre devrait être prévue de façon détaillée;

c) Il a été dit que des critères minimums communs pour la nomination des tiers neutres par les administrateurs de procédures en ligne devraient être énumérés dans un document distinct.

Paragraphe 2

136. Ce paragraphe a fait l'objet des observations suivantes:

a) Il devrait être exigé du tiers neutre qu'il fournisse une déclaration d'indépendance formelle;

b) La définition de l'impartialité du tiers neutre devrait être insérée dans un document distinct.

Paragraphe 4

137. Ce paragraphe a fait l'objet des observations suivantes:

a) Il devrait être exigé de l'administrateur de procédures en ligne qu'il motive sa décision de ne pas prendre en considération l'objection d'une partie formulée à l'encontre d'un tiers neutre;

b) Il faudrait simplifier la procédure de contestation, en prévoyant la disqualification automatique du tiers neutre en cas d'objection d'une partie tout en fixant éventuellement une limite dans le but d'empêcher les objections répétitives formulées de mauvaise foi.

138. À l'issue de la discussion, il a été généralement convenu que toute objection relative à la nomination du tiers neutre devrait être traitée de manière directe et ne pas donner la possibilité de formuler des observations ou d'exposer des motifs.

V. Travaux futurs

139. Il a été noté que, si le Groupe de travail avait examiné certains projets d'articles à sa session en cours, il examinerait le document dans son intégralité à sa session prochaine, et que la structure actuelle du document serait conservée en attendant les conclusions de cet examen.

140. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir, sous réserve que des ressources soient disponibles, des documents sur les points suivants pour sa prochaine session:

a) Lignes directrices à l'intention des tiers neutres;

b) Normes minimales applicables aux administrateurs de procédures en ligne;

c) Principes juridiques de fond pour la résolution des litiges; et

d) Mécanisme international d'application.

141. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer un nouveau projet de règlement de procédure en tenant compte des avis qu'il avait exprimés à sa session en cours.

142. Le Groupe de travail a noté que sa vingt-quatrième session se tiendrait à Vienne du 14 au 18 novembre 2011.

D. Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-troisième session (A/CN.9/WG.III/WP.107)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-4

II. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure 5-63

A. Remarques générales 5-8

B. Notes sur le projet de règlement de procédure 9-63

1. Dispositions préliminaires 9-31

2. Ouverture de la procédure 32-37

3. Négociation 38-45

4. Médiation et arbitrage 46-63

a. Nomination du tiers neutre 46-51

b. Conduite de la procédure de résolution du litige en ligne 52-59

c. Exonération de responsabilité 60-63

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission est convenue d'établir un groupe de travail chargé d'entreprendre des travaux sur la question du règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, à savoir les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs. Il a également été convenu que la forme de la norme juridique à élaborer serait arrêtée une fois que la question aurait été examinée plus avant[1].

2. À sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010), le Groupe de travail a commencé à examiner la question et a demandé au Secrétariat, sous réserve des ressources disponibles, d'élaborer un projet de règlement de procédure générique pour la résolution des litiges en ligne, en tenant compte du fait que les types de litiges visés devraient concerner des opérations internationales entre

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

entreprises et entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes (A/CN.9/716, par. 115).

3. Lors de cette session, le Groupe de travail a également demandé au Secrétariat d'énumérer les informations sur le règlement des litiges en ligne dont il avait connaissance, en indiquant les sites Web ou les autres sources où elles se trouvaient (A/CN.9/716, par. 115). Il souhaitera peut-être noter que cette liste peut désormais être consultée sur le site Web de la CNUDCI[2].

4. La présente note contient un projet annoté de règlement de procédure, qui tient compte des délibérations du Groupe de travail à sa vingt-deuxième session.

II. Résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales: projet de règlement de procédure

A. Remarques générales

5. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, selon l'avis général, il n'existait aucune norme convenue au niveau international pour le règlement des litiges en ligne et il était nécessaire de trouver des solutions pratiques à la question des différends découlant du grand nombre d'opérations effectuées entre entreprises et entre entreprises et consommateurs dans le monde entier, qui portaient sur de faibles montants et des volumes très importants et qui exigeaient un mécanisme de résolution des litiges rapide, efficace et peu onéreux. L'avis a également été exprimé que l'exécution internationale des sentences était difficile, voire impossible, compte tenu de l'absence de traités prévoyant expressément une telle exécution pour les opérations entre entreprises et consommateurs (A/CN.9/716, par. 16). Des questions ont été soulevées, notamment celles de savoir comment un système mondial de résolution des litiges en ligne serait financé (et si les États seraient en fait disposés à le financer); et, s'agissant de la mise en œuvre et de la validité de la convention d'arbitrage, si la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) était adaptée et applicable aux sentences arbitrales rendues à l'issue de procédures de résolution de ces litiges en ligne, puisque ceux-ci concernaient des consommateurs. Les obligations découlant de la Convention de New York ont été mentionnées (A/CN.9/716, par. 23).

6. La présente note contient un projet de règlement de procédure rapide qui pourrait servir de modèle aux administrateurs des procédures en ligne et qui ne traite pas la question de l'exécution des décisions prises dans le cadre de la résolution de litiges en ligne. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le projet de règlement a été rédigé de manière générique, de sorte qu'il s'applique aux opérations entre entreprises et entre entreprises et consommateurs à condition que toutes ces opérations portent sur de faibles montants, conformément au mandat de la Commission selon lequel le travail dans ce domaine devrait se concentrer sur les opérations internationales de commerce électronique, à savoir les opérations entre

[2] www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ODR.html.

entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs (voir par. 1, ci-dessus)[3].

7. Conformément à la décision du Groupe de travail prise à sa vingt-deuxième session de formuler des règles génériques, simples et faciles à utiliser, qui soient adaptées au faible montant des demandes, tiennent compte de la nécessité d'une procédure rapide et mettent l'accent sur la conciliation puisque la majorité des affaires se règlent à ce stade (A/CN.9/716, par. 55), le projet de règlement de procédure présente les caractéristiques suivantes:

a) Il prévoit une phase de négociation, suivie d'une phase de médiation et, si cette seconde phase échoue, du prononcé par un tiers neutre d'une décision définitive qui s'impose aux parties. Afin de tenir compte de la nécessité d'une procédure rapide, le tiers neutre nommé par l'administrateur de procédures en ligne se charge des deux phases que sont la médiation et l'arbitrage. L'expression "tiers neutre" a été choisie pour englober les deux fonctions possibles;

b) Il est proposé que, sauf convention contraire des parties, les différends soient soumis à un seul tiers neutre choisi par l'administrateur de procédures en ligne, et non pas par les parties, mais que ces dernières puissent contester le choix du tiers neutre par le biais d'une procédure simplifiée; et

c) Il n'y aurait pas d'audiences, puisque la procédure est basée sur des documents déposés en ligne.

8. Le Groupe de travail devra examiner plus avant les thèmes suivants: le cadre juridique général dans lequel ce règlement devrait être mis en application (voir par. 13 et 14 ci-dessous) et la question de l'arbitrabilité (voir par. 12 ci-dessous).

B. Notes sur le projet de règlement de procédure

1. Dispositions préliminaires

9. **Projet d'article premier (Champ d'application)**

"*1. Le Règlement de la CNUDCI pour la résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales ("le Règlement") est utilisé pour résoudre les litiges découlant d'une opération internationale effectuée avec des moyens de communication électroniques.*

2. Le Règlement s'applique lorsque les parties à une opération en ligne sont convenues qu'il régira la résolution des litiges portant sur cette opération[, sous réserve du droit de l'acheteur d'exercer d'autres recours].

3. Le Règlement ne s'applique pas aux opérations portant sur:

a) [...];

b) [...];

c) [...];

---

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 257.

...

4. Le Règlement est destiné à être utilisé dans un cadre de résolution des litiges en ligne qui consiste en [...]."

Remarques

Paragraphe 2

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait prévoir un délai de prescription dans lequel les demandes doivent être formulées ou s'il faut laisser au droit applicable en l'espèce le soin de régler cette question. Dans certaines règles proposées pour la résolution des différends en ligne, le demandeur doit engager la procédure en ligne dans les six mois suivant le paiement du prix d'achat (article 4 de l'annexe A du Guide législatif en vue d'une loi interaméricaine sur l'accès au règlement des litiges de consommation et sur les réparations pour préjudices subis par les consommateurs, soumis par les États-Unis d'Amérique lors de la septième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé de l'Organisation des États américains (OEA) ("Proposition OEA").

11. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner comment serait exprimée la volonté de soumettre le litige à l'arbitrage. À cet égard, il pourrait être proposé de donner des instructions pour que l'administrateur des procédures en ligne insère sur sa plate-forme une case "j'accepte" (acceptation par un clic ou méthode dite "click-wrap") ou prévoie d'autres moyens électroniques par lesquels les parties conviennent d'appliquer le Règlement à leur litige.

Paragraphe 3

12. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le Règlement devrait définir les types de litiges auxquels il s'applique (à savoir, litiges en matière de vente de marchandises) ou s'il faudrait limiter son champ d'application (A/CN.9/716, par. 47). Certaines règles et propositions existantes sur la résolution des litiges en ligne ont opté pour l'exclusion de certains types de différends. Il s'agit généralement de différends posant des problèmes de dommages corporels, de droit de la famille, d'imposition ou de propriété intellectuelle (article 1-2 du Règlement ECODIR), et de différends sur des questions de violation de la vie privée, de propriété intellectuelle, de responsabilité extracontractuelle ou de préjudice indirect (article 2 de la Proposition OEA).

Paragraphe 4

13. Le paragraphe 4 vise à préciser que le Règlement est seulement un élément qui s'inscrit dans un cadre à définir pour assurer l'efficacité du système de résolution des différends en ligne. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'établir, pour une future réunion, un document qui énonce les principes et les questions liés à la conception d'un système de résolution des litiges en ligne (A/CN.9/716, par. 115 b)).

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine de l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) autorise les administrateurs de procédures en ligne à adopter des "règles supplémentaires", qui

soient conformes aux Règles d'application de ces principes directeurs et traitent de questions telles que les taxes et honoraires, les indications sur le nombre maximum de mots et de pages pour les mémoires, la taille des fichiers et d'autres conditions relatives au format, les moyens de communiquer avec l'administrateur et le tiers neutre (article premier des Principes directeurs) ou d'autres questions qui ne sont pas déjà régies par les Règles d'application. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être s'interroger sur le caractère utile et complémentaire, pour les travaux en cours, de telles règles ou orientations distinctes et supplémentaires. S'il est d'avis qu'elles seraient utiles, il voudra peut-être également examiner la nature du document où elles pourraient être formulées. Aux fins de la présente note, on se référera au "Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne" lorsque des précisions devront être apportées au présent règlement de procédure s'agissant des aspects techniques et des aspects de conception de la plate-forme de résolution des litiges en ligne et que ces précisions viendraient compléter le règlement.

15. **Projet d'article 2 (Définitions)**

"*Aux fins du présent Règlement:*

1. Le terme "demandeur" désigne la partie qui engage une procédure de résolution de litiges en ligne conformément au Règlement en adressant une notification;

2. Le terme "communication" désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification, réponse, conclusion ou demande exigée des parties dans le cadre de la résolution du litige en ligne;

3. Le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen d'une information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie;

4. Le terme "tiers neutre" désigne la personne qui aide les parties à résoudre leur litige et/ou rend une [décision][sentence] sur le litige conformément au Règlement;

5. Le terme "défendeur" désigne la partie à laquelle est adressée la notification;

6. Le terme "résolution de litiges en ligne" désigne un système de règlement des litiges [internationaux] dans lequel [les aspects procéduraux des mécanismes de résolution sont conduits et facilités] [la procédure de résolution est conduite et facilitée] par l'utilisation de communications électroniques et d'autres technologies de l'information et de la communication;

7. Le terme "plate-forme de résolution de litiges en ligne" désigne un système utilisé pour créer, transmettre, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des communications électroniques dans la résolution de litiges en ligne;

8. Le terme "administrateur de procédures en ligne" désigne une entité qui administre des procédures de résolution de litiges en ligne et met à la

disposition des parties une plate-forme en ligne pour résoudre leur litige conformément au Règlement;

9. Le terme "procédure de résolution de litiges en ligne" désigne…;

[…]"

Remarques

Paragraphe 2

16. La définition du terme "communication" s'inspire d'une définition équivalente énoncée à l'article 4 a) de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, adoptée en 2005 (Convention sur les communications électroniques), qui se limite à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties.

Paragraphe 3

17. La définition du terme "communication électronique" s'inspire des articles 4 b) et 4 c) de la Convention sur les communications électroniques et de l'article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique adoptée en 1996 (avec le nouvel article 5 *bis* adopté en 1998). Elle mentionne "la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie". Depuis l'adoption de la Loi type, d'autres innovations technologiques ont vu le jour et, par conséquent, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait amender la disposition afin d'y inclure, comme exemples de communications électroniques, les services de minimessages (SMS), les conférences Web, les "chats" (dialogue en ligne), les forums Internet, le microblogage et d'autres technologies de l'information et de la communication. Il voudra peut-être aussi examiner si un concept plus abstrait et technologiquement neutre, tel que "communications numérisées", pourrait être utilisé au lieu de "communications électroniques".

Paragraphe 6

18. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de reporter l'examen d'une définition de la résolution des litiges en ligne à un stade ultérieur des débats, lorsqu'il aurait analysé plus en détail les différents éléments du concept (A/CN.9/716, par. 40). Il a aussi été suggéré que la définition se limite aux cas où les aspects procéduraux d'une affaire se déroulent en ligne (A/CN.9/716, par. 35). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la résolution des litiges pourrait se faire en ligne entièrement ou partiellement et, dans ce cas, définir "partiellement" (A/CN.9/716, par. 37).

Paragraphe 7

19. La définition de la plate-forme de résolution des litiges en ligne devrait être interprétée de manière à tenir compte de l'évolution des technologies. La plate-forme pourrait comporter un serveur de messagerie électronique par l'intermédiaire duquel les parties et l'administrateur de procédures en ligne communiquent, un portail Web, une solution sur mesure ou un progiciel interne de gestion intégré ou tout autre type de dispositif.

20. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait d'inclure, dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne, des orientations concernant la conception d'une plate-forme et, notamment, le respect des principes de neutralité technologique, ainsi que d'interopérabilité et d'extensibilité des technologies.

21. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne devrait comporter des instructions sur la conception de la plate-forme pour tenir compte des circonstances suivantes et offrir une procédure efficace et rapide:

a) La plate-forme devrait être conçue de telle sorte que les parties sont obligées de fournir toutes les informations nécessaires afin de pouvoir accéder à l'étape suivante du processus de résolution en ligne, ce qui éviterait à l'administrateur de devoir demander des informations complémentaires pour clarification;

b) Lorsque la conception de la plate-forme ne peut empêcher les erreurs ou omissions dans une notification, l'administrateur peut exiger du demandeur qu'il corrige toute erreur ou répare toute omission ou qu'il fournisse toute information complémentaire qui pourrait être nécessaire au traitement de la demande. De plus, lorsque le demandeur a mal identifié le défendeur, il pourrait être autorisé à modifier la notification et à la transmettre par l'intermédiaire de l'administrateur au défendeur nouvellement désigné. Ce point peut être important car, dans l'infrastructure actuellement utilisée pour les opérations en ligne, il est souvent difficile pour les consommateurs de distinguer entre le véritable vendeur et des prestataires externes chargés de certaines parties de l'opération, comme la maintenance du site Web, la livraison, etc. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le processus de modification dans ce cas et dans d'autres circonstances devrait être décrit dans le règlement de procédure ou dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne;

c) Si le demandeur a exprimé plusieurs demandes à l'encontre d'un même défendeur, le tiers neutre peut décider de la jonction de plusieurs d'entre elles. Le Groupe de travail voudra peut-être décider si le règlement de procédure devrait prévoir la possibilité pour un demandeur de regrouper ses demandes dans les cas appropriés. Il pourrait aussi, s'il le souhaite, donner pour instruction aux administrateurs de procédures en ligne de concevoir leur plate-forme de sorte qu'elle permette une telle jonction. Il voudra peut-être examiner ce point dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne. Il voudra peut-être aussi examiner la phase de la procédure en ligne (négociation ou arbitrage) au cours de laquelle cette question pourrait se poser; et

d) Le Groupe de travail souhaitera peut-être prévoir les circonstances dans lesquelles les demandes de plusieurs demandeurs sont jointes et soumises à un même défendeur.

Paragraphe 8

22. Le Groupe de travail voudra peut-être décider si des précisions sur le rôle et les fonctions de l'administrateur de procédures en ligne devraient être données et si elles devraient figurer dans le règlement de procédure ou dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne.

23. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il pourrait être nécessaire de définir, dans la législation interne ou ailleurs, la façon dont les administrateurs de procédures en ligne seraient agréés et autorisés à exercer et la méthode selon laquelle ils recevraient les affaires ou se les verraient attribuer.

24. En outre, il pourrait être nécessaire de déterminer les méthodes de sélection des administrateurs de procédures en ligne. Ceci est utile pour les questions de recherche du for le plus avantageux (forum shopping) et d'accréditation des administrateurs. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Réseau des Centres européens des consommateurs (Réseau CEC ou ECC-Net) choisit ses administrateurs conformément au droit communautaire et eConsumer.gov choisit les siens conformément à l'Accord formulant des orientations sur les modes alternatifs de règlement des litiges (Alternative Dispute Resolution Guidelines Agreement) conclu entre Consumers International et Global Business Dialogue on Electronic Commerce ("Accord GDBe-Consumers International") alors que, selon la Proposition OEA, la sélection se fait à partir d'une liste d'administrateurs tenue par un centre de coordination (article 5 de la Proposition OEA).

Paragraphe 9

25. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le terme "procédure de résolution de litiges en ligne" devrait être défini et, dans l'affirmative, ce que devrait contenir la définition.

26. **Projet d'article 3 (Communications)**

"*1. Toutes les communications entre les parties et le tiers neutre au cours de la procédure de résolution du litige en ligne sont transmises par voie électronique à l'administrateur de procédures en ligne et sont adressées par l'intermédiaire de la plate-forme de résolution de litiges en ligne.*

2. Les adresses électroniques des parties désignées pour toutes les communications effectuées conformément au Règlement sont celles mentionnées dans la notification de résolution du litige en ligne ("la notification"), sauf indication contraire notifiée par l'une des parties à l'administrateur.

3. Le moment de la réception d'une communication électronique des parties ou du tiers neutre à l'administrateur est le moment où cette communication peut être relevée par l'administrateur sur la plate-forme de résolution de litiges en ligne.

4. Le moment de la réception d'une communication électronique de l'administrateur aux parties ou au tiers neutre est le moment où cette communication peut être relevée par ces derniers sur la plate-forme de résolution de litiges en ligne."

Remarques

27. Il est important de définir le flux des communications entre les parties et le tiers neutre car cette question renvoie aux aspects techniques et aux aspects de conception de la plate-forme. Le Groupe de travail voudra peut-être identifier les aspects qui devraient être abordés dans le Règlement et dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne.

Paragraphe 2

28. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner qui devra identifier l'adresse électronique du défendeur – à savoir si cette tâche incombe au demandeur uniquement ou si l'administrateur devrait intervenir (tout en se demandant si le fait de confier cette fonction à l'administrateur s'accorde avec l'exigence de rapidité de la procédure). S'agissant de la façon dont un administrateur pourrait déterminer avec certitude l'adresse électronique d'un défendeur, une option consisterait à utiliser un système de label de confiance dans lequel les commerçants défendeurs accepteraient la procédure en ligne du fait de leur participation au système de résolution des litiges en ligne[4].

Paragraphe 4

29. Ce paragraphe, qui s'inspire de l'article 10 de la Convention sur les communications électroniques, revêt de l'importance pour la durée globale du processus de résolution du litige en ligne[5]. Étant donné que le Règlement vise à promouvoir la simplicité, la rapidité et l'efficacité, et eu égard au caractère international de la procédure de résolution du litige, des incertitudes concernant le moment de la réception des communications pourraient occasionner des retards dans la procédure.

30. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, des doutes ont été émis concernant la nécessité de prévoir des règles sur la réception des communications étant donné que les administrateurs de procédures en ligne disposeraient de leurs propres règles (A/CN.9/716, par. 83). Selon un autre avis, toutefois, un protocole commun sur les questions de technologie serait utile (A/CN.9/716, par. 84). Le Groupe de travail est convenu que les questions de communication pourraient être examinées ultérieurement, lorsque les délibérations auraient progressé (A/CN.9/716, par. 85).

31. À la lumière des précédentes délibérations, le Groupe de travail voudra peut-être décider si le Règlement devrait contenir une disposition sur la réception des communications électroniques ou si ces questions devraient être laissées à l'appréciation de l'administrateur. Dans la première hypothèse, la disposition pourrait être formulée ainsi: "5. L'administrateur de procédures en ligne doit adresser un accusé de réception des communications des parties [et du tiers neutre] à leurs adresses électroniques désignées."

---

[4] Un label de confiance, dans le contexte du commerce électronique, désigne généralement une image, un logo ou un sceau figurant sur un site Web pour indiquer la fiabilité du cybercommerçant. Il atteste que celui-ci fait partie d'une organisation professionnelle ou d'un réseau et qu'il dispose d'un mécanisme de réparation (A/CN.9/WG.III/WP.105, par. 5).

[5] L'article 10 de la Convention sur les communications électroniques met à jour l'article 15 de la Loi type sur le commerce électronique. Les modifications apportées à l'article 10 de la Convention sont conformes aux règles applicables à la communication papier et limitent la capacité du destinataire de retarder ou d'empêcher délibérément la transmission de la communication en s'abstenant d'y accéder. Elles tiennent aussi compte du fait que le système d'information du destinataire peut ne pas être accessible pour des raisons indépendantes de l'expéditeur [par exemple, l'utilisation de dispositifs filtrant les messages électroniques non sollicités (dispositifs "antispam")].

2. Ouverture de la procédure

32. Projet d'article 4 (Ouverture de la procédure)

"*1. Le demandeur communique à l'administrateur de procédures en ligne une notification conformément au formulaire de l'annexe A. La notification devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le demandeur ou s'y référer.*

2. La notification est ensuite rapidement communiquée au défendeur.

3. Le défendeur communique une réponse à la notification conformément au formulaire de l'annexe B dans les cinq (5) jours [calendaires] suivant la réception de la notification. La réponse devrait, dans la mesure du possible, être accompagnée de toutes pièces et autres preuves invoquées par le défendeur ou s'y référer.

4. La procédure de résolution du litige en ligne est réputée commencer à la date de réception par l'administrateur, sur la plate-forme de résolution de litiges en ligne, de la notification visée au paragraphe 1.

Annexe A

La notification contient:

a) Le nom et l'adresse électronique désignée du demandeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;

b) Le nom et les adresses électroniques du défendeur et de son représentant (le cas échéant) tels que connus du demandeur;

c) Les motifs sur lesquels est fondée la demande;

d) Les solutions proposées pour résoudre le litige;

e) La signature du demandeur et/ou de son représentant sous la forme électronique;

f) La déclaration du demandeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne;

g) La déclaration du demandeur indiquant qu'il n'a pas déjà engagé d'autres voies de droit contre le défendeur au sujet de l'opération en question;

h) Les frais d'enregistrement de [...];

[...]

Annexe B

La réponse contient:

a) Le nom et l'adresse électronique désignée du défendeur et de son représentant (le cas échéant) autorisé à agir pour son compte dans la procédure de résolution du litige en ligne;

b) Une réponse aux déclarations et allégations figurant dans la notification;

c) Les solutions proposées pour résoudre le litige;

d) La déclaration du défendeur portant accord à sa participation à la procédure de résolution du litige en ligne;

e) La signature du défendeur et/ou de son représentant sous la forme électronique;

[...]"

Remarques

Paragraphe 3

33. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser le terme "jours" et la façon dont le délai prévu par le Règlement devrait être calculé. À cet égard, l'article 2-6 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit que "[l]es jours fériés ou chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés".

Paragraphe 4

34. Il existe plusieurs points de départ possibles pour une procédure de résolution d'un litige, à savoir: le moment où l'administrateur reçoit la notification du demandeur (article 4 du Règlement de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)), le moment où le défendeur transmet sa réponse contenant son accord à la participation à la procédure (article 2-3 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) ou encore le moment où l'administrateur communique la notification au défendeur (articles 4 c) et 2 a) des Règles d'application des principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine de l'ICANN).

Annexe A

35. L'annexe A contient les éléments qui devraient figurer dans la notification d'arbitrage. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'annexe A devrait énumérer les motifs sur lesquels une demande peut se fonder et les types de réparations possibles. Certains motifs proposés sont les suivants: marchandises non commandées, non livrées/non fournies, non conformes à leur description. Les réparations pourraient être les suivantes: remise sur le prix, remplacement, renvoi du produit avec remboursement intégral. Dans la mesure où il est question d'un environnement international dans lequel les opérations réalisées sont très nombreuses et portent sur de faibles montants, il peut être nécessaire de limiter les types d'affaires à celles concernant des faits et des moyens de réparation simples. Autrement, le système risque fortement d'être submergé d'affaires complexes, ce qui le rendrait inefficace et onéreux.

36. De plus, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne devrait contenir des instructions visant à faciliter l'accord des parties par voie électronique. L'administrateur pourrait mettre en place une méthode électronique permettant aux parties d'accepter en une seule fois de participer à l'intégralité de la procédure en ligne ou une méthode progressive leur permettant d'exprimer leur accord à chaque étape de la procédure. Il pourrait proposer des méthodes d'authentification

électroniques, par exemple l'acceptation au moyen d'un clic ("click-wrap"), qui permet aux parties d'exprimer leur accord en cliquant sur une case "j'accepte".

Annexe B

37. L'annexe B traite de la réponse à la notification et fait pendant aux dispositions de l'annexe A.

3. Négociation

38. **Projet d'article 5 (Négociation)**

"*1. Si le défendeur répond à la notification et accepte une des solutions proposées par le demandeur, l'administrateur de procédures en ligne communique l'acceptation au demandeur [et la procédure de résolution du litige en ligne est close].*

2. Si aucune des solutions proposées par une des parties n'est acceptée par l'autre, une des parties peut demander que l'affaire entre dans la phase de médiation, l'administrateur procédant alors rapidement à la désignation du tiers neutre conformément à l'article 6 ci-dessous.

3. Si le défendeur ne répond pas à la notification dans les cinq (5) jours [calendaires], il est présumé avoir refusé de négocier et l'affaire entre automatiquement dans la phase de médiation, l'administrateur procédant alors rapidement à la désignation du tiers neutre conformément à l'article 6 ci-dessous.

[4. Les parties peuvent convenir de reporter la date limite de présentation de la réponse, sans que ce report ne puisse toutefois dépasser [--] jours [calendaires]]."

Remarques

Paragraphe 1

39. Le paragraphe 1 traite de la clôture de la négociation et de la procédure de résolution en ligne lorsque les parties sont parvenues à s'entendre. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser comment devrait être définie la date où prend fin la négociation.

40. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir, dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne, que la plate-forme en ligne devrait être conçue de sorte que, lorsque le défendeur accepte une solution et que son acceptation a été communiquée, elle génère automatiquement un formulaire d'acceptation qui formalise l'accord.

Paragraphe 2

41. Le Groupe de travail souhaitera peut-être décider si le Règlement devrait imposer un délai pour la phase de négociation, en particulier le délai dans lequel le défendeur doit accepter une solution ou proposer une solution alternative, et le délai dans lequel le demandeur doit notifier son acceptation ou son refus de la solution proposée par le défendeur. Une autre option est de fixer un délai global pour les

négociations, dans lequel les parties doivent parvenir à un accord. Soumettre les parties à de telles contraintes de délais pourrait les inciter à s'entendre.

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité de prolonger la phase de négociation devrait être laissée aux parties ou si l'administrateur pourrait refuser une telle prolongation.

Paragraphe 3

43. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir, dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne, le mécanisme par lequel l'administrateur peut s'assurer que le défendeur a reçu la notification.

44. En l'absence de réponse, le Groupe de travail pourrait examiner si la disposition devrait permettre de passer directement à la phase d'arbitrage sans possibilité de médiation.

Paragraphe 4

45. La négociation dans le cadre d'une procédure en ligne peut être une négociation assistée et/ou une négociation facilitée. Dans ce type de procédure, les parties négocient par l'intermédiaire d'un administrateur qui facilite le déroulement de la négociation, par exemple en contactant l'autre partie et en fournissant un logiciel ou une application permettant la négociation et/ou la proposition d'offres à l'aveugle (blind-bidding). Un logiciel typique d'aide à la négociation permet aux utilisateurs d'analyser leur position dans la négociation en évaluant et hiérarchisant leurs objectifs et en calculant le résultat le plus efficace pour toutes les parties. Le processus d'offres à l'aveugle est un algorithme automatisé qui évalue les offres des parties et règle le litige si celles-ci se situent dans une fourchette définie. Dans la négociation assistée, les parties négocient avec l'aide d'une plate-forme de résolution des litiges en ligne, qui facilite le processus en fournissant une technologie efficace et un espace réservé à la négociation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces modes particuliers de négociation devraient être mentionnés dans le Règlement.

4. Médiation et arbitrage

a. Nomination du tiers neutre

46. **Projet d'article 6 (Nomination du tiers neutre)**

"*1. L'administrateur de procédures en ligne nomme le tiers neutre en le choisissant [au hasard] dans une liste de tiers neutres qualifiés qu'il tient.*

2. Le tiers neutre signale à l'administrateur toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. L'administrateur communique ces informations aux parties.

3. Une fois le tiers neutre nommé, l'administrateur notifie cette nomination aux parties et fournit au tiers neutre toutes les communications et pièces reçues des parties concernant le litige.

4. Chaque partie peut formuler des objections à l'encontre de la nomination du tiers neutre dans les deux (2) jours [calendaires] suivant la notification de la nomination. En cas d'objection, l'administrateur invite la

partie qui n'a pas formulé d'objections à soumettre ses commentaires dans les deux (2) jours [calendaires] puis, soit communique aux parties la nomination du tiers neutre, soit en nomme un nouveau.

5. Si, au cours de la procédure, le tiers neutre doit être remplacé, l'administrateur procède rapidement à la nomination d'un remplaçant et en informe les parties. La procédure reprend au stade où le tiers neutre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions.

6. Le tiers neutre, en acceptant sa nomination, est réputé s'être engagé à consacrer suffisamment de temps pour que la procédure de résolution du litige puisse se dérouler et s'achever rapidement conformément au Règlement.

[7. Sauf convention contraire des parties, il est nommé un seul tiers neutre.]"

Remarques

Paragraphe 1

47. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail est convenu que les tiers neutres ne doivent pas nécessairement être des juristes mais qu'il faudrait exiger d'eux qu'ils aient une expérience et des compétences pertinentes non seulement sur le plan professionnel mais également en matière de règlement des litiges (A/CN.9/716, par. 63). Il souhaitera peut-être examiner s'il faut inclure, dans le Guide à l'intention des administrateurs de procédures en ligne, les critères auxquels un administrateur doit satisfaire pour tenir une liste de tiers neutres et pour les nommer.

Paragraphe 3

48. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser si "toutes les communications et pièces reçues des parties concernant le litige" devraient inclure les communications échangées au stade de la négociation, puisque le demandeur, au moment du dépôt de sa notification, est tenu de soumettre tout élément se rapportant au litige. Par exemple, dans le modèle ECODIR, le tiers neutre a accès à toutes les informations et pièces échangées durant la phase de négociation afin de pouvoir trouver une réponse rapide et acceptable pour les parties.

Paragraphe 4

49. À sa vingt-deuxième session, le Groupe de travail a décidé qu'il convenait d'envisager de permettre aux parties de contester la nomination de tiers neutres (A/CN.9/716, par. 70). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la possibilité de contestations ultérieures à l'encontre du tiers neutre, une fois que celui-ci a dévoilé des informations conformément au paragraphe 2.

Paragraphe 7

50. À la vingt-deuxième session du Groupe de travail, il a été généralement convenu qu'en l'absence d'accord entre les parties, il devrait y avoir un seul tiers neutre (A/CN.9/716, par. 62).

51. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le tiers neutre pourrait être la même personne pour la phase de médiation et la phase d'arbitrage. Dans les affaires commerciales, le médiateur/conciliateur et l'arbitre ne sont généralement pas les mêmes personnes, sauf convention contraire des parties. L'approche pourrait être différente pour la résolution des litiges en ligne, étant donné le besoin de rapidité et de simplicité.

b. Conduite de la procédure de résolution du litige en ligne

52. **Projet d'article 7 (Médiation)**

"*Le tiers neutre évalue le litige sur la base des informations présentées et détermine s'il y aurait avantage à le soumettre à une médiation. Dans l'affirmative, il peut communiquer avec les parties pour essayer de parvenir à un accord. Si les parties s'accordent, il rend une [décision][sentence] sur la base de cet accord.*"

53. **Projet d'article 8 (Conduite de la procédure de résolution du litige en ligne)**

"*1. Sans préjudice du présent Règlement, le tiers neutre peut conduire la procédure de résolution du litige en ligne comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité. Le tiers neutre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure en ligne de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige. Ce faisant, il adopte un comportement juste et fait preuve à tout instant d'une complète indépendance et impartialité.*

2. Le tiers neutre tranche le litige sur la base des pièces présentées par les parties et de leurs communications à l'administrateur de procédures en ligne, dont il détermine la pertinence. La procédure en ligne est conduite sur la base de ces éléments uniquement.

3. Le tiers neutre a le pouvoir d'autoriser une partie, dans les conditions (financières ou autres) qu'il détermine, à modifier toute pièce soumise. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde ses chefs de demande ou ses moyens de défense. À tout moment de la procédure, le tiers neutre peut demander aux parties de fournir des informations supplémentaires et de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.

4. Le tiers neutre peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention soumettant le litige à une procédure en ligne. À cette fin, une clause de règlement des litiges faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par une [décision][sentence] du tiers neutre n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause de règlement des litiges.

5. Le lieu [de l'arbitrage] [de la résolution du litige] est celui choisi d'un commun accord par les parties ou, à défaut de choix, celui que le tiers neutre aura déterminé."

Remarques

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, au lieu de fixer des délais pour les différentes phases de la procédure, il ne faudrait pas prévoir un délai pour l'ensemble de la procédure.

55. **Projet d'article 9 ([Prononcé de la] [Communication de la] [décision] [sentence])**

"*1. Le tiers neutre rend une [décision][sentence] promptement et, en tout état de cause, dans les sept (7) jours [calendaires] après que les parties lui ont soumis leurs conclusions finales. L'administrateur de procédures en ligne communique la [décision][sentence] aux parties. Le non-respect de ce délai ne constitue pas un motif de contestation de la [décision][sentence].*

2. La [décision][sentence] est définitive et s'impose aux parties. Les parties exécutent sans délai la [décision][sentence].

3. Dans les cinq (5) jours [calendaires] de la réception de la [décision][sentence], une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tiers neutre de rectifier dans le texte de la [décision][sentence] toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique, ou toute erreur ou omission de même nature. Si le tiers neutre considère que la demande est justifiée, il fait la rectification dans les deux (2) jours [calendaires] qui suivent la réception de la demande. Ces rectifications [sont faites par écrit et] font partie intégrante de la [décision][sentence].

4. Dans tous les cas, le tiers neutre statue conformément aux stipulations du contrat, en ayant égard aux circonstances et faits pertinents, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération."

Remarques

Paragraphe 1

56. Il est prévisible que le tiers neutre demande une prolongation du délai dans lequel il doit rendre sa décision. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut prévoir des dispositions sur ce point.

57. **Projet d'article 10 (Langue de la procédure)**

"*La procédure de résolution du litige en ligne est conduite dans la même langue que celle utilisée dans l'opération litigieuse, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre langue. Si les parties ne s'entendent pas sur la langue de l'opération, la langue de la procédure est déterminée par le tiers neutre.*"

Remarques

58. Le projet d'article 10 reprend la proposition faite par le Groupe de travail, selon laquelle lorsque les parties ne s'entendent pas sur la langue de la procédure, cette question pourrait être laissée à la libre appréciation du tiers neutre (A/CN.9/716, par. 105).

59. **Projet d'article 11 (Représentation)**

"*Une partie peut se faire représenter ou assister par une ou plusieurs personnes de son choix. Les noms et adresses de cette ou ces personnes [et le mandat de représentation] doivent être communiqués à l'autre partie par l'intermédiaire de l'administrateur de procédures en ligne.*"

c. Exonération de responsabilité

60. **Projet d'article 12 (Exonération de responsabilité)**

"*Sauf en cas de faute intentionnelle, les parties renoncent à toute action contre le tiers neutre, l'administrateur de procédures en ligne [et toute autre personne impliquée dans la procédure de résolution du litige en ligne] pour un acte ou une omission en rapport avec cette procédure.*"

Remarques

61. Le projet d'article 12 traite de la question de l'exonération de responsabilité des personnes impliquées dans la procédure en ligne. Il est semblable à l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avec les modifications nécessaires.

62. **Projet d'article 13 (Frais)**

"*Le tiers neutre ne rend aucune [décision][sentence] sur les frais et chaque partie supporte ses propres frais.*"

Remarques

63. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, dans le cas où le demandeur obtient gain de cause dans la phase d'arbitrage, ses frais d'enregistrement devraient être payés par la partie qui succombe.

VI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/728 et Add.1)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-5
II.	Rapport sur le colloque sur les travaux actuels et les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	6-67
	A. Gestion de l'identité	9-28
	B. Utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique	29-67

I. Introduction

1. À sa quarantième session, en 2007, la Commission a prié le Secrétariat de continuer de suivre de près les développements juridiques dans le domaine du commerce électronique, en vue de faire des suggestions appropriées en temps utile[1].

2. À sa quarante et unième session, en 2008, la Commission a prié le Secrétariat de s'employer activement, en coopération avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), et avec la participation d'experts, à étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique international afin d'élaborer un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique, et de lui rendre compte des progrès accomplis à cet égard[2]. La Commission a renouvelé cette demande à sa quarante-deuxième session, en 2009[3], et de nouveau à sa quarante-troisième session, en 2010[4].

3. Par ailleurs, à sa quarante-deuxième session, en 2009, la Commission a prié le Secrétariat de réaliser des études sur les documents transférables électroniques également à partir des propositions écrites reçues à cette session (documents

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 195.

[2] Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 333 à 338.

[3] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 340.

[4] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 244.

A/CN.9/681 et Add.1 et A/CN.9/682), en vue de réexaminer ces questions à une session ultérieure[5].

4. Compte tenu de cette demande, un document sur les travaux actuels et les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/692) a été soumis à la Commission pour examen à sa quarante-troisième session, en 2010. À cette session, la Commission a demandé au Secrétariat d'organiser un colloque sur les sujets traités dans le document A/CN.9/692, à savoir les documents transférables électroniques, les systèmes de gestion de l'identité et le commerce électronique effectué au moyen d'appareils mobiles, et d'établir une note résumant les débats de ce colloque et proposant si possible des orientations pour des travaux futurs dans le domaine du commerce électronique[6]. Il a été convenu que cette note devrait être suffisamment documentée pour que la Commission puisse prendre une décision en connaissance de cause et confier un mandat clairement défini à un groupe de travail, si elle le jugeait approprié[7].

5. Conformément à cette demande, la présente note contient un rapport sur le colloque concernant les travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique, tenu à New York du 14 au 16 février 2011[8].

II. Rapport sur le colloque sur les travaux actuels et les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

6. Référence a été faite, en guise d'introduction au colloque, aux précédents travaux de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique. Bien que le Groupe de travail sur le commerce électronique ne se fût pas réuni après avoir terminé ses travaux sur la Convention de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (la "Convention sur les communications électroniques")[9], les travaux dans ce domaine s'étaient poursuivis de manière régulière. La CNUDCI avait notamment rédigé une publication intitulée "Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques"[10], assuré une coordination avec d'autres organisations et promu l'adoption et l'interprétation uniforme de ses textes dans ce domaine.

7. Il a été ajouté que plusieurs dispositions législatives relatives à l'utilisation des communications électroniques avaient été examinées ces dernières années par les groupes de travail de la CNUDCI traitant notamment de l'arbitrage, des transports maritimes et des marchés publics.

8. Il a été déclaré que la CNUDCI était devenue, au fil des ans, un organisme international de premier plan et une des principales sources d'expertise

---

[5] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 343.

[6] Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 250.

[7] Ibid.

[8] Les documents préparatoires du colloque peuvent être consultés, tels que soumis par les intervenants, sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/electronic-commerce-2010program.html).

[9] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.4.

internationale sur les questions juridiques relatives au commerce électronique. Toutefois, la rapidité des progrès techniques et l'évolution des usages commerciaux au cours des quelques dernières années avaient créé de nouveaux défis juridiques qu'il fallait relever. On a ajouté que, s'il était vrai que d'autres organismes pouvaient s'attaquer à ces défis avec la même compétence, le caractère universel de la composition de la CNUDCI constituait la meilleure garantie d'une approche équilibrée et objective. Il a été avancé en outre qu'un nouveau report de la reprise des travaux du Groupe de travail sur le commerce électronique risquait d'entraîner une perte de compétences institutionnelles et, à terme, de reléguer ce groupe au second plan.

A. Gestion de l'identité

9. Le colloque a offert une occasion d'examiner l'évolution récente, sur les plans technique, juridique et des politiques, de la gestion de l'identité, question qui a continué de susciter un grand intérêt dans plusieurs instances. Des renseignements de base sur la structure et les objectifs des systèmes de gestion de l'identité ont par ailleurs déjà été rassemblés (A/CN.9/692, par. 48 à 66).

10. En ce qui concerne les normes techniques, référence a été faite aux travaux de la Commission d'études 17 du Secteur de la normalisation des télécommunications de l'Union internationale des télécommunications. Il a été expliqué que les entreprises, et plus particulièrement les établissements financiers, avaient manifesté le besoin de créer pour leurs clients un environnement électronique sécurisé et unifié, accessible de manière simple et pratique. En bref, les entreprises demandaient une meilleure assurance de l'identité des entités électroniques. Par ailleurs, une meilleure assurance de l'identité pouvait aider à traiter un certain nombre de risques d'ordre réglementaire, opérationnel et contractuel présentant de multiples aspects juridiques, dont la protection de la vie privée et des données, la prévention de la fraude et le respect des réglementations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

11. Dans ce contexte, la Commission d'études 17 poursuivait la normalisation de quatre niveaux d'assurance correspondant à divers degrés de confiance dans l'identité supposée, afin de promouvoir la confiance, d'améliorer l'interopérabilité et de faciliter la transférabilité entre organisations et entre pays des informations sur l'identité. La norme à laquelle avaient abouti ces travaux, connue sous le nom de "X.eaa" (assurance de l'authentification de l'entité) pourrait servir à définir les exigences auxquelles un fournisseur de services d'identité devait se soumettre pour atteindre un niveau d'assurance donné. On a expliqué en outre que l'on pourrait ainsi faciliter l'acceptation de tiers comme fournisseurs d'identité non seulement par les entités privées commerciales ou non commerciales mais aussi par les organismes publics. Il a été précisé que la norme pourrait s'appliquer à l'identification d'entités aussi bien humaines que non humaines.

12. L'adoption d'une telle norme présentait plusieurs avantages potentiels, dont l'existence d'une base cohérente pour la confiance et la possibilité de réutiliser les certificats dans différents contextes. Il serait ainsi également possible de favoriser l'efficacité, réduire les coûts et créer la base d'un traitement uniforme de la responsabilité et d'autres questions juridiques. Il a été ajouté que les travaux de la

Commission d'études 17 faisaient fond sur des initiatives similaires antérieures et en cours, promues par les gouvernements et le secteur privé.

13. En conclusion, il a été déclaré qu'une meilleure assurance de l'identité revêtait une importance fondamentale pour établir la confiance dans les transactions électroniques et pour lutter contre la cybercriminalité. Par ailleurs, il fallait une meilleure compréhension des questions politiques et juridiques aux niveaux national et international afin d'améliorer l'assurance de l'identité. À cet égard, les futurs travaux de la CNUDCI visant à identifier les questions juridiques dans ce domaine, telles que la responsabilité des parties, la confidentialité et l'exécution internationale des décisions seraient particulièrement utiles.

14. Sur le plan des politiques, on a rappelé que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) avait élaboré un premier document de référence[11] mettant en relief les avantages de l'interopérabilité dans les systèmes de gestion de l'identité (voir aussi A/CN.9/692, par. 59).

15. Il a été expliqué que cette organisation, faisant fond sur des travaux précédents, avait mené, en 2010, une enquête sur les stratégies de gestion de l'identité au niveau national[12]. Un rapport[13] ainsi qu'un document contenant les messages rassemblés à partir de l'analyse des réponses au questionnaire et les leçons tirées seraient mis à la disposition du public au cours de l'année 2011.

16. L'analyse des résultats de l'enquête faisait ressortir au niveau supérieur (celui de la vision à long terme) trois grandes tendances: la plupart des gouvernements faisaient de l'établissement et du développement des systèmes de gouvernement électronique des objectifs primordiaux de leur stratégie nationale de gestion de l'identité; plusieurs ajoutaient à cela le souhait de favoriser l'innovation dans l'économie Internet plus large; d'autres indiquaient comme priorité l'établissement d'un niveau plus élevé de cybersécurité. Mais si chaque stratégie nationale pouvait avoir un thème central différent, toutes faisaient référence à chacun des objectifs mentionnés.

17. Une autre différence importante entre les stratégies nationales qui était ressortie de l'enquête était l'adoption d'une "approche universelle" concernant les certificats, à savoir une approche permettant l'usage croisé de certificats entre les secteurs public et privé, à l'inverse d'une approche envisageant l'extension au secteur privé de certificats (ou tout au moins de leur cadre) établis pour le secteur public.

18. L'adoption de systèmes de gestion de l'identité devait présenter des avantages aussi bien pour les gouvernements que pour les particuliers et les entreprises, notamment la possibilité de fournir de nouveaux services, en particulier des services à plus forte valeur ajoutée, en raison d'une meilleure sécurité. On envisageait également une réduction des coûts et une plus grande facilité d'utilisation, notamment grâce à la réduction du nombre de certificats et à la mise en commun des

---

[11] Groupe de travail de l'OCDE sur la sécurité de l'information et de la vie privée, *Le rôle de la gestion de l'identité numérique dans l'économie Internet: guide d'introduction à l'intention des décideurs*, DSTI/ICCP/REG(2008)10/FINAL (11 juin 2009).

[12] L'enquête ne portait pas sur les aspects transfrontières de la gestion de l'identité.

[13] OCDE, *Rapport sur les stratégies et politiques nationales pour la gestion de l'identité numérique dans les pays de l'OCDE*, 2011.

systèmes d'authentification (au moyen, par exemple, d'une signature unique) de même qu'un accroissement général de la productivité et de l'efficacité.

19. Il a été rappelé que l'un des obstacles au développement d'environnements électroniques plus sécurisés était souvent le nombre insuffisant d'utilisateurs prêts à payer pour la mise au point de telles applications, d'où la réticence des fournisseurs d'identité à investir dans des systèmes d'assurance plus performants. Et de ce fait le nombre d'applications sécurisées utilisant ce genre de systèmes était trop faible et leur coût trop élevé pour susciter l'intérêt des utilisateurs. Les stratégies nationales de gestion de l'identité visaient à surmonter cet obstacle en fournissant suffisamment d'applications électroniques publiques pour justifier la mise au point et le déploiement d'un système national fiable de gestion de l'identité offrant une meilleure assurance.

20. Il a été indiqué qu'une analyse des politiques et pratiques existantes révélait une forte tendance à la migration des pratiques d'identité hors ligne existantes vers l'environnement électronique. Les pays conservaient en général leur approche spécifique qui influait sur le choix de leur stratégie. C'était le cas, par exemple, des systèmes nationaux d'enregistrement et d'identification des personnes, dont le caractère obligatoire se reflétait dans l'adoption de certificats[14]. Il a été déclaré en outre que l'on pouvait trouver divers degrés de centralisation mais que les systèmes tendaient à être conçus de manière plus "technologiquement neutre" dans les approches décentralisées alors qu'ils étaient technologiquement plus normatifs dans les approches centralisées.

21. On a ajouté qu'en conservant des approches nationales il était plus difficile de régler les problèmes liés à la gestion transfrontière de l'identité. Il semblait en effet que, ce faisant, on superposait aux questions qui se posaient dans le monde traditionnel celles qu'engendrait l'adoption de moyens électroniques. On a signalé par ailleurs que les expériences actuelles dans le domaine des opérations transfrontières semblaient se focaliser sur l'interopérabilité[15].

22. À cet égard, il a été indiqué aussi que la migration vers les services en ligne pouvait certes permettre de restructurer et de rationaliser les processus existants, en offrant ainsi de nouveaux avantages, mais qu'aucun des participants à l'enquête n'avait encore atteint ce stade.

23. Il a été expliqué que l'on pouvait regrouper en trois grandes catégories les défis que posaient les systèmes de gestion de l'identité: défis technologiques, défis économiques et défis juridiques. Le débat sur les questions juridiques avait été centré sur les systèmes de gestion de l'identité faisant intervenir trois parties, à savoir un sujet, un fournisseur d'identité et une partie se fiant au système de gestion de l'identité (voir A/CN.9/692, par. 54)[16].

24. On a, à titre préliminaire, recensé les questions suivantes comme se prêtant à une analyse juridique plus poussée: exécution des obligations contractuelles aux

---

[14] Pour une définition du terme certificat, voir CNUDCI, *Promouvoir la confiance dans le commerce électronique*, op. cit., p. 72, note de bas de page 189.

[15] Voir par exemple le projet STORK (Secure idenTity acrOss boRders linKed) de l'Union européenne: https://www.eid-stork.eu.

[16] Dans les systèmes hors ligne et les systèmes en ligne simples, le sujet peut émettre et vérifier un certificat, assumant ainsi les fonctions de fournisseur d'identité.

stades de l'identification et de l'authentification; confidentialité; protection des données; responsabilité; force exécutoire; et conformité aux réglementations. Il a été noté que chacune des parties impliquées dans un système de gestion de l'identité avait des droits et des obligations dans les divers domaines.

25. Il a été déclaré que le but fondamental d'un système de gestion de l'identité était de donner une assurance de l'identité suffisamment forte pour l'objectif recherché. Les mesures de caractère technique pouvaient certes jouer un rôle important dans la réalisation de ce but, mais c'était la loi qui, en dernier ressort, devait offrir une protection contre les abus. Il a ainsi été déclaré qu'il faudrait établir un "cadre de confiance" pour satisfaire à la fois les exigences opérationnelles (à savoir les spécifications techniques, les processus, les normes, les politiques, les règles et les exigences de résultats nécessaires au fonctionnement d'un système de gestion de l'identité), et les règles juridiques nécessaires à la définition d'un système fiable.

26. On a précisé que les règles légales régissant le cadre de confiance pourraient être de nature législative ou contractuelle. Les accords contractuels pourraient compléter les règles établies par la loi mais pourraient aussi les modifier, lorsque cela était autorisé. On a expliqué que les règles légales s'appliquaient aux cadres de confiance de trois manières. Tout d'abord, elles rendaient les spécifications, les normes et les règles concernant les divers éléments des exigences opérationnelles légalement contraignantes et exécutoires pour chacune des parties. Ensuite, elles définissaient les droits et responsabilités des parties vis-à-vis de la loi, précisaient les risques juridiques assumés du fait de la participation à un cadre de confiance (comme les garanties, la responsabilité en cas de perte, les risques pour les données personnelles) et prévoyaient des possibilités de recours en cas de différend entre les parties, y compris des mécanismes de règlement des différends et d'exécution des décisions, des droits de résiliation, et le montant des dommages-intérêts, les peines et autres formes de responsabilité. Enfin, les règles légales pouvaient, dans certains cas, réglementer également le contenu des exigences opérationnelles.

27. On a aussi examiné la relation entre les systèmes d'identité et les signatures électroniques. Il a été déclaré qu'il n'existait pas encore de traitement juridique uniforme d'un certain nombre de services liés aux signatures électroniques, tels que l'horodatage et la garantie de l'intégrité du message, alors que ces services intervenaient également dans la gestion de l'identité. En outre, des questions fondamentales telles que les signatures électroniques des entités juridiques étaient encore à l'examen dans certains pays. Des travaux sur la gestion de l'identité pourraient donc englober et résoudre les questions relatives aux signatures électroniques.

28. En conclusion, un large consensus s'est dégagé sur l'utilité de la gestion de l'identité pour faciliter les transactions électroniques transfrontières et sur l'importance d'un traitement adéquat des questions juridiques qui s'y rattachaient. On a noté que des travaux avaient été entrepris au niveau national, mais que très peu de mesures, voire aucune, avaient été prises pour traiter les aspects juridiques transnationaux de la gestion de l'identité. Or, la CNUDCI serait, du fait de son mandat, de sa composition et de ses compétences spécialisées, en excellente position pour travailler sur ces questions. Ces travaux permettraient aussi de préciser le champ d'application des dispositions sur les signatures électroniques figurant dans les textes de la Commission, et faciliteraient le traitement de la gestion

de l'identité dans le cadre d'autres sujets pouvant l'intéresser et examinés lors du colloque, à savoir le commerce mobile, les documents transférables électroniques et les guichets uniques électroniques.

B. Utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique

29. La croissance exponentielle des abonnements aux services de téléphonie mobile et la visibilité accrue des appareils mobiles, y compris des téléphones portables, ont transformé le paysage des technologies d'information et de communication (TIC) et la façon d'effectuer des transactions électroniques à travers le monde. Dans un rapport récent[17], la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a noté que le développement de l'utilisation des appareils mobiles constituait la TIC qui avait le plus contribué au développement durable et à la réduction de la pauvreté (voir également A/CN.9/692, par. 67, et A/CN.9/706, par. 9 à 11)[18]. L'usage très répandu des appareils mobiles est donc considéré comme un facteur central pour la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement [19].

30. Lors du colloque, il a été souligné que des travaux visant à faciliter la mise en place d'un cadre législatif uniforme habilitant accroîtraient les chances de réaliser ces objectifs. On a mentionné à cet égard le coût moindre des paiements effectués à l'aide d'appareils mobiles dans les pays en développement par rapport à ceux effectués par le biais du système bancaire traditionnel. On a ajouté que, dans cet exemple, la différence de coût était inversement proportionnelle au montant transféré et que, par conséquent, l'adoption de technologies mobiles était particulièrement bénéfique pour les clients à faible revenu.

31. D'une part, le commerce électronique et le commerce mobile présentaient, a-t-on affirmé, d'importantes similitudes techniques (voir aussi A/65/17, par. 249) et le cadre juridique existant pour les communications et le commerce électroniques, y compris les dispositions des textes de la CNUDCI, pourrait suffire à traiter les questions juridiques découlant du commerce mobile. En outre, les progrès technologiques attendus semblaient devoir montrer que le commerce mobile deviendrait simplement un commerce électronique mobile sans autre distinction.

32. D'autre part, il a été indiqué que le commerce mobile présentait, et conserverait probablement dans un avenir proche, des particularités dues aux spécificités des appareils mobiles (pour de plus amples informations sur ces spécificités, voir ci-dessous par. 33, 34, 36 et 40 à 44), et que ces particularités justifieraient peut-être un traitement juridique séparé. Par ailleurs, la législation en

---

[17] CNUCED, *Rapport 2010 sur l'économie de l'information: TIC, entreprises et réduction de la pauvreté*, août 2010, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.II.D.17.

[18] À la fin de 2009, les abonnements aux services de téléphonie mobile étaient estimés à 68 %, contre 60 % l'année précédente. La pénétration tant dans les pays développés que dans les pays en transition a excédé 100 %, alors que dans les pays en développement elle se situait à 58 %. Dans les pays les moins avancés, on comptait plus de 25 abonnements aux services de téléphonie mobile pour 100 habitants.

[19] Voir, en particulier la cible 18 de l'objectif 8 des objectifs du Millénaire pour le développement: Mettre en place un partenariat mondial pour le développement: "En coopération avec le secteur privé, faire en sorte que les avantages des nouvelles technologies, en particulier dans le domaine de l'information et de la communication, soient accordés à tous".

vigueur dans d'autres domaines, telles que les exigences en matière d'information dans les opérations financières et autres, pourrait créer quelques obstacles juridiques à l'utilisation des appareils mobiles. Il y avait donc un large consensus sur le fait que les dispositions relatives aux transactions électroniques et au commerce électronique devraient s'appliquer au commerce mobile, mais l'engagement de travaux sur des règles additionnelles spécifiques a aussi bénéficié d'un appui, le but étant de favoriser pleinement l'utilisation des appareils mobiles. On a aussi rappelé que toute nouvelle disposition législative sur le commerce mobile devrait tenir pleinement compte des nombreux éléments communs entre le commerce électronique et le commerce mobile.

Définition du "commerce mobile"

33. Il a été rappelé que l'expression commerce mobile avait été définie comme des "transactions commerciales et activités de communication conduites par le biais de services et réseaux de communication hertziens au moyen de messages texte (ou SMS – short message service), de messages multimédia (MMS – multimédia messaging service), ou de l'Internet, sur de petits terminaux mobiles de poche, en général utilisés pour les communications téléphoniques"[20]. Il a été expliqué que cette définition faisait ressortir deux éléments fondamentaux du commerce mobile, à savoir une communication sans fil et l'utilisation d'appareils mobiles. Toutefois, on a fait observer que, bien que pouvant constituer un point de départ utile, cette définition pouvait coller par trop au statu quo technologique et ne pas tenir pleinement compte du progrès. On a indiqué, à titre d'exemple, que plusieurs technologies spécialisées avaient déjà été mises au point pour faciliter l'utilisation d'appareils mobiles pour l'échange de communications électroniques[21], et qu'il existait en outre des appareils mobiles qui permettaient des communications sans fil sans passer par les réseaux de téléphonie mobile[22].

34. En conséquence, le terme "mobile" ne devrait pas renvoyer uniquement aux téléphones portables mais faire référence plutôt à la mobilité des appareils. En effet, en limitant une définition du commerce mobile aux téléphones portables on risquait d'exclure d'autres appareils de poche permettant aussi l'ubiquité numérique. Par ailleurs, une définition du commerce mobile ne devrait pas différencier les appareils par leur capacité de se connecter à des réseaux de téléphonie mobile, et il pourrait être plus approprié de trouver une définition plus large et techniquement plus neutre.

---

20 OCDE, *Orientations pour les politiques concernant les questions émergentes de protection et autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile*, juin 2008.

21 Ces technologies comprennent les SMS, MMS, protocoles d'application sans fil (WAP), navigateurs et Mobile Explorers (ME), modules d'identification universels d'abonné (USIM) puces de circuit intégré (IC) et la communication en champ proche (NFC). Cette dernière est utilisée pour les "transactions de proximité" car l'appareil doit être proche d'un lecteur; d'autres technologies peuvent être utilisées pour les "transactions à distance".

22 Les appareils capables d'accéder à des réseaux sans fil, qu'ils puissent ou non se connecter à un réseau de téléphonie mobile, comprennent les terminaux Internet mobiles (MID), les tablettes et smartphones, en fonction, entre autres, de leur taille et de la méthode d'entrée. Les appareils de poche qui n'offrent pas de fonctions de communication téléphonique comprennent les anciens assistants numériques personnels (PDA), les lecteurs multimédia portables (PMP), les livres électroniques et les consoles de jeux.

35. Partant, il a été suggéré d'adopter comme point de départ des débats futurs la définition suivante du commerce mobile: "toute transaction commerciale et activité de communication effectuées par le biais de services et réseaux de communication sans fil au moyen d'appareils mobiles de poche, conçus pour être utilisés dans les réseaux de communication mobiles ou autres réseaux sans fil". Il a été indiqué, à titre d'exemple, que les parties participant au commerce mobile comprenaient aussi bien les opérateurs de réseaux mobiles (MNO), que les vendeurs mobiles, les abonnés mobiles et les gestionnaires de services de confiance (TSM)[23].

Normes juridiques applicables au commerce mobile

36. On a expliqué que l'utilisation d'appareils mobiles pour les transactions commerciales suscitait un certain nombre de préoccupations concernant la sécurité de la transmission, la sécurité de l'identification des parties, la formation du contrat, les options de paiement du prix des biens ou des services achetés, la confidentialité, la conservation des données et la protection des consommateurs. Ces questions n'étaient pas particulières au commerce mobile, mais certaines caractéristiques des appareils mobiles et de leur utilisation méritaient peut-être un examen plus approfondi.

37. On a rappelé que l'adoption des textes de la CNUDCI sur les communications électroniques faciliterait l'établissement d'un cadre législatif habilitant pour le commerce mobile, aidant ainsi à mieux traiter nombre de questions connexes. Les textes de la CNUDCI pertinents étaient la Convention sur les communications électroniques; la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques de 2001[24]; et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, avec ajout d'un article 5 *bis* adopté en 1998[25].

38. On a expliqué en particulier que la définition du terme "message de données" figurant dans les textes de la CNUDCI était suffisamment large pour englober les informations transmises à l'aide d'appareils mobiles. Par ailleurs, le statut juridique des transactions effectuées à l'aide d'appareils mobiles ne serait pas totalement clair sans une reconnaissance générale de la validité juridique des transactions électroniques.

39. On a expliqué en outre que rares étaient les lois qui traitaient explicitement du commerce mobile et qu'elles se limitaient à certains de ses aspects[26]. Il arrivait

---

[23] Les opérateurs mobiles fournissent des services aux abonnés mobiles; les vendeurs mobiles vendent des biens et des services par le biais de plates-formes mobiles, soit directement, soit par des intermédiaires, dont des opérateurs de sites Web et des agrégateurs mobiles; les abonnés mobiles paient un abonnement de téléphonie mobile; les gestionnaires de services de confiance garantissent la sécurité et la confidentialité des transactions mobiles.

[24] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

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

[26] Voir par exemple l'article 58 sur les éléments du contrat devant être fournis sur un appareil mobile, et l'article 62 sur les éléments de l'accusé de réception devant apparaître sur l'appareil mobile, de la Loi n° 045-2009/AN du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso. Voir aussi Commission des communautés européennes, COM(2008) 614 final, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs* (8 octobre 2008), article 11-3: "Lorsque le support utilisé aux fins de la conclusion du contrat impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, le professionnel fournit au moins, sur le support en

aussi que la loi prévoie que les modalités d'exécution des obligations en matière d'information sur les terminaux de radiotélécommunication (à savoir les téléphones portables) devaient être exposées en détail dans un règlement séparé[27].

40. On a noté qu'un des obstacles au commerce mobile était ce que l'on appelle la "discontinuité des médias"[28], à savoir la nécessité pour les utilisateurs de changer de medium pour entamer ou terminer une procédure. Il arrivait ainsi que des utilisateurs puissent effectuer une transaction sur un appareil mobile sauf pour l'inscription initiale au service. On a fait remarquer que de telles modalités ne favorisaient pas une utilisation plus large des services mobiles.

41. S'agissant des questions relatives à l'utilisation des appareils mobiles susceptibles de justifier un examen législatif plus approfondi, on a insisté sur le fait que les différences entre les spécifications techniques de ces appareils, telles que les capacités de stockage de données, pouvaient pénaliser les utilisateurs de modèles peu évolués, comme ceux des pays en développement, ou les consommateurs à faible revenu. En outre, les risques d'erreur de saisie ou autres erreurs humaines étaient plus élevés sur les appareils mobiles que sur les ordinateurs ordinaires, en raison de la taille de ces appareils. On a également mentionné la possibilité de limiter la responsabilité de l'utilisateur en cas de perte ou de vol d'appareils mobiles utilisés dans le cadre d'une méthode d'authentification, pour accéder par exemple à des services financiers mobiles.

42. Un des gros problèmes de l'utilisation d'appareils mobiles était la difficulté d'accéder, comme l'exigeait la loi, à de longs documents. On a rappelé que les appareils mobiles, de par leur petite taille, offraient un espace d'affichage limité et une faible résolution d'écran ainsi que des possibilités d'entrée pouvant être restreintes. Par ailleurs, sur les appareils peu évolués, la seule option, peu conviviale, pouvait être de faire défiler les textes longs.

43. On a ajouté qu'en raison des limites d'affichage et du coût des transmissions de données par des réseaux de téléphonie mobile conçus au départ pour la voix, on avait vu se développer des sites Web dédiés aux appareils mobiles[29]. Étant donné leur objectif, ces sites ne pouvaient pas offrir autant d'informations, y compris juridiques, et ne pouvaient être actualisés aussi souvent que leurs équivalents conventionnels.

44. En ce qui concerne les signatures électroniques, il a été noté que, bien qu'elles puissent normalement être utilisées pour identifier l'auteur d'une communication, rares étaient celles qui étaient techniquement capables à l'heure actuelle de satisfaire à une norme plus élevée pour les signatures "avancées", "qualifiées" ou "numériques" associées aux présomptions légales. On a cité, à titre d'exemple, l'utilisation combinée d'une carte à puce et d'un lecteur de carte pour générer des

---

question et avant la conclusion du contrat, les informations concernant les principales caractéristiques du produit et le prix visées à l'article 5, paragraphe 1, points a) et c). Le professionnel fournit les autres informations visées aux articles 5 et 7 au consommateur sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1."

27 Article 28 de la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

28 "Medienbruch" en allemand.

29 Le nom de domaine de premier niveau ".mobi" est un exemple de site Web dédié, utilisé par des appareils mobiles pour accéder aux ressources de l'Internet.

signatures d'un niveau plus élevé, et le fait que cette association ne pouvait actuellement fonctionner que sur un nombre limité d'appareils mobiles haut de gamme. On a noté par ailleurs que la quantité d'informations à transmettre était proportionnelle au niveau de sécurité de la signature et que les transmissions de plus gros volume poseraient plus de problèmes et seraient plus coûteuses dans des zones à connectivité réduite, ce qui découragerait les utilisateurs de ces zones de recourir à des technologies de signature plus sécurisées.

45. On a expliqué en outre que les utilisateurs d'appareils mobiles auraient davantage tendance à changer souvent d'appareil et que ces derniers risquaient d'être endommagés du fait de leur usage ou de leur non-usage. Par ailleurs, certains de leurs composants pouvaient influer sur leur durée de vie et les processus de synchronisation et de sauvegarde pouvaient aussi poser des problèmes. En conclusion, il a été déclaré que les appareils mobiles n'étaient pas conçus pour stocker pendant longtemps de grandes quantités de données. Ce facteur risquait d'influer sur leur capacité à satisfaire les exigences législatives concernant la conservation des données et l'archivage des informations. Les autres options envisageables étaient le transfert des informations à stocker sur des appareils plus adéquats ou à des fournisseurs de services de stockage.

46. On a déclaré qu'il serait peut-être possible de résoudre les problèmes susmentionnés en étendant la méthode de l'équivalent fonctionnel aux exigences de fond. Il serait pour cela tout d'abord nécessaire de recenser les objectifs ou les fonctions des règles de protection dont l'application pourrait être difficile sur des appareils mobiles. Il serait ensuite possible d'élaborer des dispositions contenant des exigences simplifiées compatibles avec l'utilisation de ces appareils et permettant d'atteindre les objectifs préalablement définis. Chaque fois que ces règles spéciales pourraient être appliquées, on considérerait que les parties contractantes se conformaient aussi aux dispositions générales.

47. On a indiqué, à titre d'exemple, que l'objectif du devoir d'information imposé avant la conclusion d'un contrat était de garantir un consentement en connaissance de cause, en particulier pour les contrats conclus à distance. Dans ce cas, le mécanisme d'équivalence proposé pourrait consister à limiter les informations à fournir avant la conclusion du contrat aux informations de base, qui seraient complétées ultérieurement, y compris en accordant un droit de rétractation. De même, l'objectif des devoirs d'information et de conservation imposés après la conclusion d'un contrat était de fournir les informations nécessaires pendant l'exécution du contrat, y compris aux fins de preuve en cas de litige. Dans ce cas de figure, un mécanisme d'équivalence prévoirait la fourniture d'informations sur un support différent disponible ultérieurement, ou le recours à des fournisseurs tiers de services d'archivage de données.

Paiements et services bancaires mobiles

48. Il a été indiqué que les appareils mobiles prenaient de plus en plus d'importance dans le domaine des paiements et des services bancaires. On a expliqué que les applications, dans ce domaine, pouvaient être divisées en plusieurs catégories, à savoir les paiements, l'argent électronique et les services bancaires mobiles.

49. On a expliqué que par paiement mobile on entendait “tout paiement faisant intervenir l’utilisation d’un appareil mobile pour l’initiation, l’activation ou la confirmation de la transaction”. Les virements à l’aide d’appareils mobiles pouvaient être effectués par des systèmes de facturation directe mobile ou de cartes de crédit mobiles. Les règlements applicables aux paiements, tels que les dispositions visant à lutter contre le blanchiment d’argent ou l’obligation de connaître son client, s’appliqueraient aussi aux paiements mobiles. Toutefois, les services de paiement mobile pourraient être conçus de manière à ne pas donner accès au crédit, afin que les opérateurs de réseaux mobiles offrant des services de paiement ne soient pas soumis aux règles sur la supervision auxquelles étaient assujettis les établissements financiers.

50. On a signalé une tendance à la création de partenariats entre les établissements financiers et les opérateurs de réseaux mobiles en vue de créer des plates-formes parallèles aux systèmes financiers de paiement régis par les banques centrales. Ces plates-formes avaient pour but de promouvoir d’autres modes de paiement adaptés au commerce mobile.

51. Il a été expliqué également que la facturation directe mobile permettait aux clients d’acheter des biens et des services en ligne en en reportant le prix sur des factures de téléphone portable émises par un opérateur de réseau mobile. Ainsi, un client achetait des biens ou des services à un marchand qui avait l’autorisation d’accéder à la passerelle de paiement. Cette dernière facilitait l’échange d’informations électroniques sur la transaction entre le vendeur et l’opérateur. Celui-ci payait alors le prix du bien ou du service au vendeur et le reportait ensuite sur la facture du téléphone portable du client.

52. Les services de cartes de crédit mobiles permettaient aux clients d’effectuer des paiements avec une carte intégrée au module d’identification de l’abonné (carte SIM) insérée dans le téléphone portable ou avec une carte de crédit téléchargée à distance sur le téléphone. Les achats étaient alors facturés sur la carte de crédit et payés en fonction des clauses de l’accord relatif à ladite carte.

53. On a en outre expliqué que, dans le commerce mobile, on pouvait utiliser des modèles basés sur un système bancaire ou non bancaire. Dans le dernier cas, les parties n’étaient pas liées au système bancaire et n’étaient donc pas soumises au contrôle des autorités de supervision compétentes, mais aux divers types de contrôle et de supervision applicables aux prestataires de services de paiement non traditionnels. Ce modèle pouvait faire intervenir des émetteurs de monnaie mobile, des agents chargés de convertir des espèces en monnaie électronique et vice versa et des marchands traditionnels.

54. L’argent électronique mobile a été défini comme un certificat de valeur monétaire transférable émis et conservé sous forme électronique et installé sur les appareils mobiles. On a expliqué que cet argent électronique était à l’heure actuelle principalement utilisé pour des micropaiements, par exemple dans les transports publics, pour le stationnement ou les péages ainsi que pour le paiement de petites sommes dans les magasins de proximité. On a expliqué par ailleurs que les méthodes de prépaiement, définies comme des méthodes de paiement dans lesquelles une somme ou une “valeur” était enregistrée sur un appareil détenu par le consommateur, le solde diminuant lorsque l’appareil était présenté pour paiement, pourrait ne pas correspondre à de l’argent mobile.

55. Il a été déclaré que par services bancaires mobiles on entendait la possibilité d'accéder à des comptes bancaires conventionnels par le biais d'appareils mobiles. Cet accès pouvait être limité à des informations, ou bien permettre quelques ou toutes transactions bancaires et financières autorisées dans le cadre de la banque électronique. Du fait du haut niveau de sécurité qu'exigeaient de telles transactions, il fallait souvent télécharger sur les appareils mobiles des logiciels spécialisés. Il a été rappelé que ce type de service serait soumis à la supervision et aux contrôles applicables aux établissements bancaires et financiers.

56. Il a été déclaré que du fait que les transactions se faisaient de manière automatique et à distance, il serait peut-être souhaitable de faire supporter aux établissements financiers, aux opérateurs financiers mobiles[30] et aux prestataires de services de paiement les risques associés aux transactions financières non autorisées, sauf en cas de fraude ou de négligence grave de la part de l'utilisateur. Par ailleurs, les opérateurs de réseaux mobiles pourraient être tenus responsables des erreurs de transaction survenant pendant les opérations effectuées sous leur contrôle, les gestionnaires de services de confiance ayant pour leur part l'obligation de rembourser toute perte causée par leur négligence. Enfin, les utilisateurs auraient le devoir de notifier immédiatement la perte de l'appareil mobile et tout autre événement pouvant faciliter des transactions non autorisées et supporteraient les conséquences de l'absence d'une telle notification.

57. Sur le plan réglementaire, il a été déclaré que la supervision et les contrôles applicables aux institutions financières traditionnelles pourraient ne pas convenir pour un opérateur financier mobile et qu'il pourrait être nécessaire de mettre au point des règles supplémentaires.

Relation avec la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux

58. Il a été déclaré que les textes de la CNUDCI sur les paiements internationaux tels que la Loi type sur les virements internationaux de 1992[31], qui portait sur les questions relatives aux paiements sous forme d'ordres donnés à une banque de virer des fonds d'un compte existant à un bénéficiaire, pourraient aider à réglementer les virements électroniques dans le cadre de transactions financières mobiles.

59. Il a toutefois été précisé que la Loi type ne portait pas sur toutes les questions juridiques pouvant découler des transactions financières électroniques ou mobiles. Il a été noté, en particulier, que les paiements et les services bancaires mobiles pouvaient poser des problèmes spécifiques liés à l'utilisation d'appareils mobiles, qui justifieraient peut-être un traitement législatif particulier. On a cité, à cet égard, la question de l'attribution de la responsabilité en cas de perte due à un usage frauduleux ou à des erreurs dans la transmission ou le traitement des informations électroniques. Il pourrait en outre être souhaitable d'examiner plus avant le statut juridique de l'opérateur de réseau dans les transactions financières mobiles afin de préciser quand ce dernier devrait être considéré comme un agent de l'expéditeur, un agent du fournisseur de système de paiement ou le fournisseur du système de paiement lui-même.

---

[30] Les opérateurs financiers mobiles englobent les fournisseurs d'argent électronique mobile et les prestataires de services de facturation directe mobile.

[31] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

60. Des exemples de textes législatifs sur les transactions financières électroniques applicables aussi aux transactions mobiles ont été donnés[32].

61. Il a été déclaré en outre que les paiements mobiles comportaient des instructions et des flux de paiement différents des autres systèmes de paiement et qu'il pourrait donc être utile d'élaborer des règles particulières. Selon un avis, il n'était pas souhaitable, à cet égard, d'inclure les aspects des paiements mobiles dans la révision de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, et les nouvelles règles ne devraient pas être incorporées à ce texte.

62. Mais selon un autre avis il était souhaitable d'entreprendre une révision complète de la Loi type, car même si cette dernière constituait un très bon point de départ pour traiter de manière adéquate, sur le plan législatif, les paiements mobiles et autres paiements électroniques, les progrès technologiques et autres changements exigeaient l'élaboration d'un instrument plus moderne.

63. On a mentionné, pour la révision proposée, d'aborder les questions suivantes: adoption de règles séparées pour les virements et les prélèvements, conformément à la législation moderne à cet égard; responsabilité des opérateurs de réseaux mobiles, avec clarification de la notion de "comportement commercialement raisonnable" dans ce contexte; transposition des règles sur les communications électroniques, y compris celles concernant les signatures électroniques et le stockage de données, dans le domaine des paiements; et interaction entre les dispositions générales relatives à l'attribution de la responsabilité et les accords spéciaux sur les systèmes de paiement. Il a aussi été indiqué qu'une version révisée de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux pourrait faire une place particulière aux besoins des pays en développement afin d'y faciliter l'adoption de dispositions législatives.

Transmissions internationales de fonds

64. Les transmissions internationales de fonds ont été considérées comme des services de paiement transfrontaliers méritant une attention particulière. Ces transmissions, a-t-on expliqué, portaient sur des sommes relativement faibles et étaient souvent effectuées par des travailleurs migrants. Elles consistaient la plupart du temps dans des virements faits à partir d'une instruction envoyée par le payeur, y compris au moyen d'un appareil mobile, à un prestataire de services de paiement. Le système impliquait généralement deux prestataires, l'un recevant l'ordre de virement et l'autre versant la somme transférée au bénéficiaire.

65. Il a été expliqué que les virements de faible valeur tombaient dans le champ d'application de la Loi type sur les virements internationaux mais n'avaient pas été une des principales préoccupations de ses rédacteurs. On a aussi rappelé que la Loi type ne traitait pas des questions relatives à la protection du consommateur et que sa note explicative précisait que des lois particulières dans ce domaine pouvaient prévaloir sur les dispositions de la Loi type.

---

[32] Loi de la République de Corée de 2008 sur les transactions financières; voir aussi la Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, *Journal officiel* L 319, 5 décembre 2007, p. 1 à 36.

66. Partant, il a été indiqué que la Loi type offrait une base suffisante pour traiter de manière adéquate les questions juridiques relatives aux transmissions internationales de fonds. Référence a été faite en particulier aux paragraphes 2, 3 et 4 de son article 5, établissant des règles sur les systèmes d'authentification dans le cas des virements. On a ajouté toutefois que les expéditeurs des fonds tireraient avantage, en cas de virement non autorisé, d'un système de répartition des pertes différent, celui de la Loi type pouvant ne pas convenir à la protection des consommateurs. Des divulgations d'informations supplémentaires, visant également à favoriser le consommateur, pourraient aussi être envisagées.

Autres applications mobiles

67. Il a été indiqué qu'un certain nombre de services de commerce mobile basés sur des technologies différentes tels que les services fondés sur la localisation, sur la voix ou sur les SMS devenaient de plus en plus populaires. Ces services pouvaient êtres utilisés dans un certain nombre de domaines, commerciaux ou non, tels que le suivi d'une élection, les secours en cas de tremblement de terre et la microassurance[33]. On notait, à cet égard, une tendance à un plus grand recours aux appareils mobiles pour accéder aux services administratifs en ligne. Cette tendance pourrait aussi s'appliquer aux transactions commerciales, notamment en ce qui concerne l'utilisation des appareils mobiles aux fins d'authentification.

---

[33] Voir aussi le *Rapport 2010 sur l'économie de l'information de la CNUCED*, op. cit., p. 19.

A/CN.9/728/Add.1 (Original: anglais)

Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

II. Rapport sur le colloque sur les travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (*suite*) 1-86

C. Documents transférables électroniques 1-30

D. Guichets uniques électroniques 31-66

E. Autres questions 67-86

II. Rapport sur le colloque sur les travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (*suite*)

C. Documents transférables électroniques

1. C'est à la vingt-septième session de la Commission, en 1994[1], qu'a été évoquée pour la première fois la possibilité pour la CNUDCI d'entreprendre des travaux sur la négociabilité et la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement électronique. Cette question a été par la suite examinée à diverses sessions de la Commission et du Groupe de travail IV[2]. Deux documents l'ont traitée du point de vue de ses aspects de droit matériel.

2. Le document A/CN.9/WG.IV/WP.69 (du 31 janvier 1996) portait sur les connaissements et autres documents de transport maritime dans un environnement papier et dans un environnement électronique. Il donnait un aperçu des initiatives prises pour traiter des questions liées aux connaissements dans un environnement électronique et présentait des projets de dispositions législatives types qui ont finalement été adoptées en tant qu'articles 16 et 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[3].

3. Ce document contenait par ailleurs une analyse préliminaire des conditions d'établissement de l'équivalence fonctionnelle des connaissements électroniques et

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 201.

[2] Voir A/CN.9/484, par. 87 à 93; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 291 à 293. Pour un historique des sessions précédentes, voir A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 1 à 4.

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

des connaissements papier, et posait la question essentielle concernant la possibilité d'établir avec certitude l'identité du porteur du connaissement, qui aurait le droit de demander la livraison des marchandises. Cette question a mis en évidence la nécessité de garantir l'unicité du document électronique représentatif de la propriété des marchandises[4].

4. Le document A/CN.9/WG.IV/WP.90 (du 20 décembre 2000) examinait de manière générale les questions juridiques liées au transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits. Il présentait une description comparative des méthodes utilisées pour le transfert de droits réels sur des biens corporels et la perfection des sûretés et les difficultés que posait leur transposition dans un environnement électronique. Il donnait aussi un aperçu des initiatives prises pour assurer le transfert de droits sur des biens meubles par des moyens électroniques.

5. Concernant les documents formant titre et les titres négociables, le document A/CN.9/WG.IV/WP.90 soulignait qu'il était souhaitable de pouvoir assurer le contrôle du document transférable électronique par un moyen équivalent à la possession matérielle, et proposait de mettre au point un système de registres associé à un procédé technique suffisamment sûr pour garantir l'unicité et l'authenticité du document électronique[5].

6. On trouvera dans le document A/CN.9/692, aux paragraphes 12 à 47, les informations les plus récentes sur l'utilisation des communications électroniques pour le transfert de droits sur des marchandises, notamment en ce qui concerne l'utilisation de registres pour la création et le transfert de droits.

7. Au colloque, la discussion sur les documents transférables électroniques a commencé par une description générale des effets du transfert de documents formant titre sur le droit des biens et le droit des contrats. Il a été fait référence aux discussions antérieures sur le sujet et aux documents précités.

8. Il a été expliqué que, comme les documents formant titre pouvaient avoir des effets à l'égard des tiers, les systèmes papier renvoyaient à des notions telles que la "possession" et la qualité de "porteur", qui présupposaient l'existence d'un document matériel. La difficulté consistait donc à transposer ces notions dans un environnement électronique en définissant des équivalents pouvant produire les mêmes résultats que des documents papier.

9. À ce sujet, il a été ajouté que le papier avait été choisi comme support pour les documents formant titre en raison de ses caractéristiques qui permettaient par exemple d'enregistrer et de transmettre facilement ces documents. On a donc souligné la nécessité d'établir des critères d'équivalence pour chaque fonction remplie par les documents papier.

10. Il a été dit que, dans le cadre d'une approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle, il serait peut-être préférable d'adopter une norme large et souple susceptible de satisfaire l'ensemble des fonctions du document papier dans un environnement électronique, plutôt que des normes distinctes visant à remplir chacune de ses fonctions. Il a aussi été dit qu'en établissant les critères d'équivalence fonctionnelle des documents transférables électroniques, il faudrait

---

[4] A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 92.

[5] A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 35 à 37.

tenir compte non seulement des besoins commerciaux mais aussi des prescriptions réglementaires.

11. Il a été ajouté qu'il faudrait évaluer précisément la demande réelle d'équivalents électroniques. À titre d'exemple, il a été expliqué qu'on avait tenté, au début de l'ère de la dématérialisation, de produire des chèques électroniques mais que ces derniers avaient été rendus inutiles par la combinaison de l'utilisation accrue d'autres systèmes de paiement (tels que cartes de crédit et virements électroniques) et des réglementations obligeant les parties à s'identifier. Dans le même temps, l'utilisation des chèques papier diminuait sensiblement, devenant même interdite dans certains pays. Des considérations similaires pouvaient être émises concernant l'utilisation des chèques de voyage. (À propos de l'évolution de l'utilisation des lettres de crédit électroniques dans la pratique commerciale, voir ci-dessous, par. 67 à 76.)

12. Il a aussi été expliqué qu'en raison des effets à l'égard des tiers, la création et la circulation de documents formant titre pouvaient être régies par des dispositions législatives. Toutefois, la plupart des pays n'avaient pas encore adopté de lois autorisant l'utilisation de moyens électroniques dans ce domaine. Il fallait donc adopter des règles permettant expressément cette utilisation.

13. De plus, il a été rappelé que l'utilisation de documents transférables électroniques dans le commerce transfrontalier serait grandement facilitée par l'adoption de normes uniformes en matière d'équivalence fonctionnelle dans les différents pays et l'interprétation uniforme de ces normes.

14. Il a été rappelé en outre qu'il convenait d'assurer la neutralité technologique en relation avec l'innovation, et que l'incidence sur les droits des tiers imposait un degré particulièrement élevé de clarté et de prévisibilité juridiques.

15. Il a été indiqué à titre d'exemple que les législations existantes sur les documents transférables électroniques faisaient souvent référence aux notions de "singularité" ou "unicité" et de "contrôle". C'était par exemple le cas de la règle 4 des Règles du Comité maritime international (CMI) relatives aux connaissements électroniques; des paragraphes 3 et 4 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[6]; et des paragraphes 21 et 22 de l'article premier et des articles 50 et 51 de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam)[7].

16. Il a été ajouté qu'on pouvait trouver une présomption du caractère original de la présentation d'un relevé électronique dans la règle 4.15 b) des Règles et Pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS 98) et à l'article e8 du supplément électronique aux Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500)[8].

---

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

[7] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

[8] RPIS 98, règle 4.15 b): "La présentation d'un relevé électronique, lorsqu'une présentation électronique est permise ou requise, sera considérée comme un "original". Voir aussi J. Byrne et D. Taylor, *ICC Guide to the eUCP – Understanding the electronic supplement to the UCP 500*, (Paris, CCI, 2002), p. 121 et 122.

17. Il a été noté que, pour des raisons techniques, l'unicité d'un document électronique ne dépendait pas de l'existence d'un seul document mais plutôt de l'existence d'une seule prétention quant aux droits contenus dans le document transférable électronique.

18. En outre, il a été fait référence aux systèmes contractuels permettant actuellement la création et le transfert de documents négociables formant titre, tels que le système Bolero et la plate-forme d'échange de documents électroniques ESS-Databridge™. Il a été expliqué que ces systèmes étaient fermés par nature, c'est-à-dire qu'il fallait pour y accéder accepter les clauses contractuelles du Bolero Rulebook et du ESS-Databridge Services & Users Agreement, respectivement. Dans les deux cas, le contrat était régi par le droit anglais. Toutefois, comme ce dernier ne comportait aucune disposition spécifique sur les titres représentatifs électroniques, les droits contractuels étaient transférés par novation, alors que le transfert du titre de propriété s'effectuait par attournement[9].

19. D'un autre côté, on a indiqué que le droit des États-Unis d'Amérique contenait des dispositions relatives aux titres représentatifs électroniques. Il a notamment été fait référence aux articles 7-106 (contrôle du titre représentatif électronique), 7-501 b) (récépissé d'entrepôt et connaissement: négociation et transfert) et 9-105 (contrôle des actes mobiliers électroniques) du Code de commerce uniforme (UCC), ainsi qu'à la section 16 (enregistrements transférables) de la loi uniforme sur les opérations électroniques de 1999 (UETA) et à la section 201 de la loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international de 2000. Cette législation employait des notions telles que l'existence "d'une seule copie faisant foi" et le "contrôle" pour établir les conditions d'équivalence avec les notions de "porteur" et de "possession".

20. Il a été ajouté que la section 16 de la loi uniforme sur les opérations électroniques énonçait la règle générale suivante: une partie "est réputée exercer le contrôle d'un document transférable si un système utilisé pour attester le transfert de droits sur un document transférable établit de façon fiable que cette personne est celle en faveur de laquelle le document transférable a été émis ou transféré". Cette règle générale était complétée par une description de conditions précises qui, si elles se réalisaient, satisfaisaient à la règle générale et s'apparentaient donc à une présomption du contrôle d'un document transférable. Il a été noté que les articles 7-106 et 9-105 du Code de commerce uniforme avaient été modifiés respectivement en 2003 et en 2010 pour suivre l'approche adoptée dans la section 16 de la loi uniforme.

21. Il a été expliqué que l'approche adoptée dans la section 16 de la loi uniforme avait l'avantage d'être technologiquement neutre et par conséquent compatible avec différents modèles et technologies, dans des systèmes tant ouverts que fermés. Il a été précisé que cette approche était aussi compatible avec les systèmes fondés sur des registres. Il a été expliqué en outre que l'article 9-105 de l'UCC avait été modifié à la demande du secteur du financement automobile, qui souhaitait encourager une plus large utilisation des actes mobiliers électroniques. Il a été expliqué qu'une des principales considérations dans l'acceptation de tels actes dans

---

[9] L'attournement est une remise virtuelle consistant au transfert de la possession médiate alors qu'un tiers a la possession immédiate. Voir *Black's Law Dictionary*, third pocket edition, (St. Paul (MN), Thomson-West, 2006), p. 54.

ce secteur était que les parties fournissant le financement aient une garantie suffisante que la superpriorité ne serait pas affectée par le caractère électronique du document.

22. Plus généralement, on a indiqué que la possibilité d'agir lorsqu'un document transférable électronique était utilisé comme garantie était d'une importance cruciale pour les affaires. Dans le même ordre d'idées, on a aussi souligné qu'il faudrait prendre en compte les exigences liées à la titrisation des documents transférables électroniques.

23. Pour ce qui est des solutions techniques, il a été expliqué que les systèmes de gestion des documents transférables électroniques pouvaient être classés en deux catégories: celle des registres et celle des plates-formes de transaction.

24. Il a été indiqué que la méthode du registre permettait de créer, de délivrer et de transférer le document sur la base d'informations transmises à un registre central et enregistrées dans celui-ci. L'accès au registre pouvait être contrôlé et subordonné à l'acceptation de dispositions contractuelles.

25. Il a aussi été indiqué que la méthode de la plate-forme de transaction reposait sur une technologie pouvant garantir l'unicité du document électronique et en autoriser le transfert. L'entité qui contrôlait l'objet pouvait être identifiée comme détentrice du document transférable électronique, avec tous les droits qui en découlaient. Il a été ajouté que des technologies telles que l'identifiant d'objet numérique (DOI) et la gestion des droits numériques (DRM) pouvaient s'avérer pertinentes dans ce cadre.

26. Il a été expliqué que le concept d'identifiant d'objet numérique se fondait sur une série unique de chiffres permettant d'identifier le contenu d'un document électronique, y compris un document transférable électronique, en fournissant un lien persistant vers l'emplacement de ce document dans l'environnement numérique. Ce système permettait donc l'identification permanente d'un document transférable électronique en cas de changement, par exemple lorsqu'il était transféré d'un système d'information à un autre. Il a été indiqué en outre que les informations contenues dans le document associé à l'identifiant d'objet numérique pouvaient être mises à jour après son émission pour tenir compte de l'évolution de la réalité concrète, par exemple en ce qui concerne l'emplacement ou l'état des biens visés par ce document.

27. Il a été souligné que des dispositions législatives devraient se conformer strictement au principe de la neutralité technologique pour permettre l'utilisation de tous les systèmes actuels et futurs possibles.

28. Il a été dit qu'un élément critique de l'acceptation et de la diffusion des documents transférables électroniques était l'acceptation des tiers qui, elle, dépendait du niveau de confiance. Il a aussi été dit que les modèles et textes législatifs existants supposaient l'existence d'un fournisseur de services de confiance dont la responsabilité nécessitait un examen particulier. Par exemple, dans le cas d'un registre, le conservateur pouvait être tenu responsable de certains problèmes dus à une faute dans l'exploitation ou au mauvais fonctionnement du système; dans le cas d'une plate-forme de transaction, ce type de responsabilité pouvait incomber aux fournisseurs de logiciels.

29. Il a été indiqué que les documents transférables électroniques pouvaient offrir plus d'avantages que leurs équivalents papier mais que ces avantages seraient particulièrement importants dans le cadre de l'intégration progressive des documents électroniques dans la chaîne du commerce international sans papier. Le système de guichet unique électronique était un exemple pratique d'infrastructure permettant le commerce international sans papier. C'est pourquoi, outre l'élaboration de dispositions juridiques sur les documents transférables électroniques, la mise en place d'une infrastructure adéquate était essentielle pour l'utilisation efficace de ces documents.

30. En conclusion, on a estimé que l'utilisation de documents transférables électroniques à l'échelle internationale exigeait l'examen de divers aspects juridiques complexes des transactions électroniques et que la CNUDCI était la mieux placée pour mener ces travaux, de par ses compétences et sa composition.

D. Guichets uniques électroniques

31. Conformément aux demandes de la Commission, le Secrétariat a entrepris plusieurs activités liées aux aspects juridiques de la conception et du fonctionnement des guichets uniques nationaux et internationaux aux fins d'opérations douanières ("guichets uniques électroniques"). Ces activités ont été menées principalement dans le cadre des réunions de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières incorporant le guichet unique international (l'"Équipe juridique spéciale conjointe")[10]. Le Secrétariat a par ailleurs coopéré avec d'autres organes, tels que le secrétariat de la Communauté économique eurasienne et, à la demande du Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU), il a formulé des observations sur la recommandation 35 du CEFACT-ONU "Création du cadre juridique d'un guichet unique pour le commerce international"[11].

32. Compte tenu de l'intérêt des travaux réalisés dans ce domaine pour les travaux futurs possibles sur le commerce électronique, une session du colloque a été consacrée aux questions liées aux guichets uniques électroniques, en rapport également avec d'autres sujets examinés lors du colloque.

33. Cette session a été ouverte par une illustration des travaux du Groupe de travail des procédures du commerce international (TBG 15) du CEFACT-ONU. Il a été expliqué que le TBG 15 avait pour mandat d'analyser, de simplifier, d'harmoniser et d'aligner les pratiques, procédures et flux d'informations des secteurs public et privé pour ce qui est des opérations commerciales internationales concernant les marchandises et les services connexes[12]. Dans ce cadre, le TBG 15 menait des travaux sur les guichets uniques, élaborant notamment un projet de recommandation 36 du CEFACT-ONU sur l'interopérabilité des guichets uniques et sur la facturation électronique.

---

[10] Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/64/17), par. 337; ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 242 et 243.

[11] A/CN.9/692, par. 10.

[12] Pour de plus amples informations, voir la page d'accueil du TBG 15 à l'adresse suivante: www1.unece.org/cefact/platform/display/TBG/TBG15.

34. Il a été rappelé que les guichets uniques électroniques pourraient jouer un grand rôle dans la facilitation du commerce, définie comme “la simplification, la normalisation et l’harmonisation des procédures et des flux d’informations associés nécessaires pour transporter des marchandises du vendeur à l’acheteur et pour procéder au paiement”. Les guichets uniques électroniques pourraient en effet présenter des avantages à la fois pour les administrations des douanes et d’autres services publics concernés par les échanges internationaux de marchandises et les opérateurs commerciaux, notamment une réduction des charges administratives et des erreurs de saisie grâce au partage des données; des flux d’informations plus rapides avec une prévisibilité accrue des délais; et une meilleure gestion des risques aux fins du contrôle et de la lutte contre les infractions. Il a été ajouté qu’un impact positif pouvait également être escompté au niveau du recouvrement des impôts et de la prévention de la corruption, du moins dans certaines circonstances. Il a été souligné qu’en tout état de cause, la conception et la mise en œuvre efficaces d’un guichet unique national nécessitaient une évaluation soigneuse de l’environnement dans lequel il était censé fonctionner.

35. Il a été noté qu’en dépit de progrès importants pour ce qui était des guichets uniques nationaux, beaucoup restait à faire pour pouvoir mettre en place un système international. À cet égard, le projet de recommandation 36 du CEFACT-ONU visait à donner des indications sur l’interconnectivité et l’interopérabilité de deux ou de plusieurs guichets uniques nationaux (ou régionaux) en répondant aux besoins liés au transfert de données sur le commerce international.

36. Il a été expliqué que la conception d’un système de guichet unique international nécessitait la prise en compte d’exigences techniques, de sécurité, juridiques et réglementaires. Il a été dit en outre que l’interopérabilité était un processus multiforme et que les plus grandes difficultés rencontrées jusqu’ici pour assurer l’interopérabilité des guichets uniques provenaient de la nécessité de rationaliser les procédures existantes.

37. Il a été ajouté que les opérateurs commerciaux fournissaient actuellement des informations conformes aux procédures établies pour les systèmes existants. Par conséquent, une quantité limitée d’informations douanières était échangée entre l’exportateur et l’importateur. Il pourrait donc être opportun de réévaluer la façon dont les informations étaient recueillies afin qu’elles puissent être extraites de manière structurée et donc réutilisées plus facilement par la suite. À cet égard, il a été noté qu’un modèle efficace de guichet unique international devrait faciliter la coordination entre des parties prenantes dont les objectifs et les procédures pouvaient être sensiblement différents.

38. Un niveau de complexité supplémentaire de la conception des guichets uniques internationaux était lié à la possibilité d’adopter différentes architectures, notamment une interconnexion dédiée entre guichets uniques nationaux; un réseau de guichets uniques nationaux interconnectés; la connexion de tous les guichets uniques nationaux à un point central sécurisé; ou un réseau de réseaux tels que les réseaux à valeur ajoutée ou les réseaux locaux du secteur privé. Chacun de ces modèles pouvait nécessiter un ensemble distinct d’exigences juridiques et opérationnelles.

39. Il a été dit que la mise en place progressive des guichets uniques internationaux pourrait s’appuyer sur la participation d’opérateurs économiques

autorisés, notion développée par les administrations des douanes pour identifier des opérateurs dont la capacité plus importante justifiait un traitement différencié. Il a été expliqué que leur degré élevé de respect des procédures et leur disposition à investir dans des infrastructures pourraient être récompensés par une participation à un guichet unique plus intégré et plus performant. Cet environnement amélioré pourrait englober les documents douaniers ainsi que les documents de transport et d'autres documents commerciaux. L'application du Code des douanes modernisé de l'Union européenne pouvait fournir un exemple de cette approche.

40. Il a été fait référence au projet Douanes en réseau international de l'OMD, décrit comme un "système d'échange d'informations généralisé, interconnecté et en temps réel entre les différents services douaniers", destiné à "appuyer et améliorer le fonctionnement du système commercial international, les performances économiques nationales, la protection de la société et la gestion budgétaire". Il a été dit que les objectifs de ce projet ne relevaient pas seulement de la facilitation du commerce mais que sa mise en œuvre pourrait avoir un impact sur les opérations commerciales.

41. Il a été rappelé que la recommandation 33 du CEFACT-ONU, intitulée "Recommandation et lignes directrices en vue de la mise en place d'un guichet unique pour rendre plus efficaces les échanges d'informations entre les opérateurs commerciaux et l'Administration" et sa recommandation 35, intitulée "Création du cadre juridique d'un guichet unique pour le commerce international", contenaient des orientations spécifiques sur les aspects juridiques du fonctionnement des guichets uniques électroniques. La recommandation 35 comprenait notamment, dans son annexe II, des "Principes directeurs de l'établissement de la liste" énumérant et examinant les éléments juridiques suivants: base juridique pour étayer la création d'un guichet unique; structure et organisation du guichet unique; protection des données; pouvoir d'accéder aux données et partage des données entre organismes gouvernementaux; identification, authentification et autorisation; qualité des données; questions de responsabilité; arbitrage et règlement des différends; documents électroniques; archivage électronique; droits de propriété intellectuelle et propriété de la base de données; et concurrence.

42. Par ailleurs, il a été rappelé que l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI avait également recensé un ensemble préliminaire de questions juridiques liées aux guichets uniques électroniques, à savoir: la législation d'habilitation; l'échange d'informations, la protection des données et la confidentialité; les questions d'organisation; la responsabilité des opérateurs des guichets uniques; le droit de la concurrence; l'utilisation des documents électroniques; les droits de propriété intellectuelle; la conservation des données et les limites de la réutilisation des données, notamment à des fins de preuve; la reconnaissance mutuelle des signatures électroniques et numériques (notamment au moyen de systèmes de gestion de l'identité); et le transfert électronique des droits sur les marchandises.

43. Il a été dit que certaines des questions susmentionnées pourraient être traitées, du moins en partie, par l'adoption de textes de la CNUDCI et en particulier de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (la "Convention sur les communications

électroniques", 2005)[13], de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[14] et de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam").

44. Il a été indiqué que l'adoption de la Convention sur les communications électroniques était particulièrement pertinente s'agissant d'établir un cadre juridique uniforme pour les communications électroniques, compte tenu des différences qu'il pouvait y avoir au niveau de l'incorporation des lois types de la CNUDCI dans le droit des différents pays. Il a également été noté que, l'un des effets de la Convention sur les communications électroniques étant de permettre l'utilisation des communications électroniques dans d'autres accords internationaux, il convenait d'accorder davantage d'attention à l'examen du fonctionnement de cette convention en combinaison avec le Protocole d'amendement à la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (la "Convention de Kyoto révisée", 1999)[15] et d'autres instruments pertinents de l'OMD, dont le Cadre de normes visant à sécuriser et à faciliter le commerce mondial.

45. Il a été ajouté que d'autres sujets examinés au colloque, tels que la gestion de l'identité et les documents transférables électroniques, avaient un lien direct avec la création d'un cadre juridique approprié pour les guichets uniques électroniques.

46. Il a en outre été noté que la dimension internationale pourrait compliquer encore les difficultés liées à la mise en œuvre d'un guichet unique. Par exemple, en cas d'enquête, les services de police du pays importateur auraient probablement besoin de preuves électroniques des autorités douanières du pays exportateur. Dans le cas de guichets uniques électroniques régionaux, où les données pouvaient être traitées et diffusées sélectivement à de multiples services de divers pays, les difficultés pourraient être proportionnelles au nombre de pays concernés. Des considérations similaires pouvaient s'appliquer à l'harmonisation des dispositions sur la confidentialité des données et des sanctions prévues pour leur violation.

Guichets uniques électroniques nationaux

47. Le cas du guichet unique national de Singapour (système TradeNet®) a été décrit. Il a été dit que la mise en œuvre de ce guichet unique avait été particulièrement efficace et que le système TradeNet® couvrait désormais 100 % des déclarations commerciales, soit au total neuf millions de déclarations par an.

48. Il a été expliqué que le fondement juridique de la validité de l'utilisation des documents électroniques dans ce pays était la Loi sur les opérations électroniques de 2010, découlant de l'incorporation de la Convention sur les communications électroniques et des textes antérieurs de la CNUDCI sur le commerce électronique. En particulier, le paragraphe 1 de la section 25 de cette loi permettait à tout service public d'utiliser des communications électroniques, notamment pour délivrer des permis, des licences ou des autorisations. En outre, la mise en place et l'exploitation des guichets uniques électroniques dans ce pays était expressément autorisée par la

---

[13] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.
[14] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.
[15] Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 2370, p. 27.

section 86 de la loi sur les douanes, qui permettait l'utilisation de moyens électroniques pour toute communication visée par cette loi.

49. Il a également été expliqué que l'expérience du guichet unique de Singapour présentait deux aspects particulièrement intéressants. Tout d'abord, les services des douanes avaient fait savoir qu'il était primordial de pouvoir continuer d'exercer efficacement les fonctions de répression dans un système à guichet unique. Des règles spécifiques sur la preuve électronique (sections 35 et 36 de la loi sur la preuve) ont été adoptées à cette fin. Ensuite, les commerçants avaient besoin d'être assurés que la confidentialité des informations soumises serait préservée. À cet égard, il a été noté que la soumission et la conservation d'informations sous forme électronique pouvaient accroître le risque d'utilisation malveillante. Dans le système juridique de Singapour, la section 6 de la loi relative à la taxe sur les marchandises et les services établissait les normes de confidentialité également pour les opérations douanières et s'appliquait aussi aux communications électroniques.

50. Un autre exemple de guichet unique électronique avancé est "uTradeHub", le système de commerce sans papier utilisé en République de Corée. Il a été expliqué que uTradeHub offrait des services électroniques en matière de commerce international dans quatre principaux domaines: financement du commerce, octroi de licences et certification, dédouanement et logistique. Il reliait les bureaux de douane, d'autres organismes publics, des institutions financières et des acteurs du secteur privé tels que les compagnies maritimes et les entreprises de logistique, leur permettant de transmettre des documents électroniques tels que lettres de crédit, certificats d'origine, autorisations d'importation et d'exportation et déclarations d'importation et d'exportation.

51. Les facteurs contribuant au succès de uTradeHub ont été décrits comme suit: orientations claires du gouvernement, mise en place d'un cadre juridique approprié pour le commerce sans papier, collaboration active avec le secteur privé et infrastructure informatique très développée.

52. Il a été indiqué que le système uTradeHub avait apporté des avantages importants en termes de gain de temps, de sécurité des documents et de transparence dans le traitement des documents. En particulier, la possibilité d'obtenir des rapports en temps réel contribuait à prévenir les falsifications et la fraude. En outre, des économies considérables avaient été réalisées grâce à une réduction des coûts dans quatre domaines: main d'œuvre; délivrance et distribution des documents; entreposage et gestion des stocks; et élimination d'investissements superflus en technologies de l'information.

53. Du point de vue législatif, il a été expliqué que le fonctionnement de uTradeHub était régi par la loi sur la facilitation du commerce électronique (2006); la loi cadre sur le commerce électronique (1999); la loi sur la signature numérique (1999); la loi sur la promotion de l'utilisation des réseaux d'information et de communication et la protection des informations (2001); et les dispositions sur les connaissements électroniques intégrées dans le droit commercial en 2008[16].

---

[16] Pour la législation de la République de Corée sur les connaissements électroniques, voir A/CN.9/692, par. 26 à 47.

Guichets uniques électroniques régionaux

54. Il a été fait référence à des initiatives visant à mettre en place des guichets uniques internationaux dans l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), l'Union européenne et la Communauté de l'Afrique de l'Est, notamment. Les enseignements tirés de ces initiatives ont montré qu'il était difficile d'examiner et de rationaliser les processus commerciaux existants, ce qui empêchait de choisir un modèle qui lui-même était une condition de l'élaboration d'une législation adéquate. En conséquence, la mise en œuvre de ces initiatives était retardée ou se faisait à une plus petite échelle ou à un rythme plus lent que prévu.

55. Les aspects juridiques du guichet unique de l'ASEAN ont été décrits en détail comme un exemple notable de guichet unique international. Il a notamment été expliqué que l'examen des questions juridiques et réglementaires découlant de la mise en place de ces guichets pouvait influer sur l'architecture technique du réseau de guichets uniques internationaux. En fait, des décisions judicieuses dans la conception technique permettraient de résoudre ou prévenir certains problèmes juridiques ou réglementaires.

56. Il a été rappelé que deux modèles techniques avaient été envisagés pour le guichet unique de l'ASEAN. Le premier était un système central où toutes les informations transmises par les guichets uniques nationaux devaient transiter pour être acheminées vers le guichet unique national destinataire. Le deuxième était un système bilatéral où les guichets uniques nationaux échangeaient des informations suivant des protocoles et des modèles de données communs.

57. Il a été expliqué que les deux modèles visaient à permettre la soumission électronique de documents commerciaux à plusieurs pays mais soulevaient des questions juridiques et réglementaires différentes. Le système centralisé nécessitait de régler des questions telles que la propriété et la confidentialité des données stockées dans la base centralisée et donc hors du contrôle du pays d'origine. Par ailleurs, il a été noté qu'une surconcentration des données dans une seule base pouvait entraver l'accès aux données lors d'enquêtes ou d'autres activités de détection et de répression.

58. En outre, il a été dit que l'opérateur d'un système centralisé pouvait être tenu responsable vis-à-vis des utilisateurs de tous les États utilisant ce système et que le risque potentiel était donc particulièrement élevé. En outre, la centralisation et le regroupement en un seul lieu du traitement et du stockage des données pouvaient avoir des conséquences catastrophiques si une attaque informatique réussissait. Il fallait également régler la question fondamentale de l'attribution du pouvoir de contrôle et de supervision sur les opérations du système centralisé.

59. On a finalement rappelé qu'en réponse à certaines de ces préoccupations, il avait été décidé que le modèle technique du projet pilote de guichet unique de l'ASEAN s'appuierait sur une infrastructure technique permettant la transmission des données mais pas leur conservation ni leur stockage.

60. On a également mentionné le cas de l'Alliance panasiatique pour le commerce électronique, association d'opérateurs commerciaux visant à faciliter les opérations internationales au moyen d'un système sécurisé de transmission des communications électroniques. Elle permettait la reconnaissance mutuelle des certificats d'infrastructure à clef publique par le biais d'une autorité chargée de la

politique de certification. Les entreprises pouvaient avoir accès aux services de l'Alliance à travers les membres nationaux.

61. Plusieurs organisations et organismes s'employaient également à créer un guichet unique électronique régional en Asie et dans le Pacifique, dont le Réseau d'experts des Nations Unies pour le commerce sans papier en Asie-Pacifique et l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC).

62. Il a été ajouté que même si plusieurs pays de la région, ayant adopté des textes fondés sur des modèles de la CNUDCI, avaient des dispositions législatives similaires sur les communications électroniques et les signatures électroniques, les règles sur la confidentialité et les flux de données transfrontières pouvaient varier considérablement d'un pays à l'autre.

63. Il a été rappelé que l'une des conditions à la mise en place d'un guichet unique électronique régional était de supprimer les obstacles de forme et de procédure à l'interopérabilité juridique. Pour atteindre ce but, l'adoption de normes internationales et de meilleures pratiques au niveau national devait se poursuivre, se fondant sur des principes fondamentaux tels que la non-discrimination des communications électroniques, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle entre les documents électroniques et les autres documents. La reconnaissance mutuelle des signatures électroniques devrait également être encouragée. Il conviendrait de réexaminer dans l'optique de la facilitation du commerce les dispositions actuelles sur la collecte, l'échange et l'archivage de données, l'accès aux données, leur soumission aux organismes gouvernementaux, les flux de données transfrontières, la protection de la propriété intellectuelle et la concurrence, la protection de la vie privée et la confidentialité, ainsi que les droits de propriété intellectuelle.

64. Le point de vue a été exprimé qu'un accord sur les échanges électroniques de données et de documents commerciaux pourrait bénéficier au commerce régional et contribuer à la mise en place d'un guichet unique électronique en Asie de l'Est. Il a également été dit qu'une approche progressive pourrait être souhaitable compte tenu de la diversité de la région et de la complexité des questions en jeu. En particulier, il a été dit que la pleine mise en œuvre d'un guichet unique national ne devrait pas être une condition de la participation aux initiatives internationales, tous les pays ayant le droit d'acquérir de l'expérience dès le début au niveau international également.

65. À titre de recommandation générale, il a été déclaré qu'étant donné le nombre d'organisations travaillant sur divers aspects des guichets uniques électroniques, dont les aspects juridiques, il était particulièrement souhaitable que la CNUDCI poursuive ses activités dans ce domaine et garde un rôle de coordination afin d'éviter l'apparition de multiples normes juridiques incohérentes.

66. Il a été ajouté que les compétences juridiques existant déjà au sein du Groupe de travail IV sur le commerce électronique le rendaient particulièrement apte à s'acquitter avec succès de cette tâche. Il a été indiqué en outre que les travaux futurs possibles de la CNUDCI dans d'autres domaines du commerce électronique devraient aussi dûment examiner la question de savoir s'il était opportun de favoriser la fluidité des échanges électroniques entre les entreprises et les pouvoirs publics, notamment dans le cadre de systèmes de guichet unique électronique.

E. Autres questions

Lettres de crédit électroniques

67. On a exposé les principes et l'évolution de l'utilisation de moyens électroniques en ce qui concerne les lettres de crédit. Il a été expliqué que les communications électroniques étaient utilisées pour ces lettres depuis des décennies et qu'au moins depuis l'apparition du télégraphe, des différences d'utilisation existaient aux différentes phases de vie d'une lettre de crédit. Ainsi, alors que l'émission et le paiement d'une lettre de crédit pouvaient facilement se faire par voie électronique, sa présentation sous forme électronique pouvait poser plusieurs problèmes.

68. Il a également été expliqué que la réticence à recourir aux communications électroniques venait du fait que les entreprises s'attendaient à un document papier, même si ce support n'offrait pas toujours de meilleures garanties d'authenticité et d'intégrité que son équivalent électronique. Les lettres de crédit transmises par des réseaux de confiance fermés tels que celui géré par la Société mondiale des télécommunications financières inter-banques (SWIFT) étaient toutefois une exception aux yeux des entreprises.

69. On a souligné en outre qu'il existait une différence importante entre d'une part les lettres de crédit commerciales et d'autre part les lettres de crédit stand-by, garanties indépendantes et engagements de remboursement. Dans le premier cas, les lettres devaient être accompagnées de pièces originales. Ces pièces jointes, par exemple des connaissements et des récépissés d'entrepôt, concernaient généralement une opération sur des marchandises et pouvaient ne pas avoir d'équivalent électronique. Il pouvait donc être impossible de les présenter sous forme électronique. En revanche, elles n'étaient généralement pas requises pour la présentation du deuxième type de lettres de crédit.

70. Il a été indiqué que la situation actuelle résultait de la conjonction de différents facteurs, à savoir la législation, d'autres normes telles que des règles et pratiques uniformes, et l'acceptation par les opérateurs du marché.

71. Il a été expliqué que les dispositions législatives, lorsqu'elles existaient, avaient rapidement reconnu la souplesse établie par la pratique pour ce qui est du choix des moyens. Un des premiers exemples en est la section 5-106 2) de la version de 1952 du Code de Commerce uniforme, permettant la signature d'une lettre de crédit par télégramme.

72. Toutefois, il a été ajouté que la loi ne prescrivait pas l'utilisation de lettres de crédit électroniques en créant un droit du bénéficiaire de procéder à des présentations électroniques. Cette approche a été considérée favorablement comme étant conforme à la pratique et aux attentes du marché.

73. Par ailleurs, il a été expliqué que, dans le domaine des lettres de crédit, une grande importance était accordée aux règles supplétives de la pratique qui remplaçaient souvent les dispositions législatives. Il a également été dit que plusieurs tentatives avaient été faites pour développer encore l'utilisation des communications électroniques par le biais de ces règles. Néanmoins, il est apparu que la promotion de l'utilisation des moyens électroniques avait été davantage servie par les normes techniques que par les règles de la pratique.

74. Comme indiqué précédemment, l'acceptation des lettres de crédit électroniques par les entreprises, surtout au stade de la présentation, se limitait à des échanges dans des contextes spécifiques. À cet égard, il a été noté que l'introduction complète de moyens électroniques dans ce domaine pourrait modifier la nature même de la lettre de crédit et nécessiterait un réexamen de ses fondements juridiques.

75. Des exemples pratiques d'innovations possibles liées à l'utilisation de moyens électroniques en ce qui concerne les lettres de crédit ont été donnés. Ainsi, il a été dit que certaines informations provenant de sources fiables, déjà disponibles sous forme électronique et nécessaires pour compléter la lettre de crédit pourraient être reliées à un document électronique. C'était le cas de la détermination du prix du pétrole dans les lettres de crédit contenant une clause relative aux fluctuations des cours du pétrole. Il était également possible de vérifier électroniquement si certaines conditions énoncées dans une lettre de crédit, telles que la présence de certaines marchandises sur un navire donné ou l'emplacement de ce navire, étaient effectivement remplies.

76. En conclusion, il a été indiqué qu'un recours accru aux lettres de crédit électroniques était attendu et que cet accroissement aurait probablement une incidence considérable sur les pratiques commerciales. Ainsi, par exemple, une normalisation technique renforcée des lettres de crédit pourrait améliorer l'uniformité de leur contenu. De plus, l'utilisation de moyens électroniques pourrait simplifier le déroulement des opérations en éliminant certains intermédiaires tels que les correspondants.

Informatique en nuage

77. Lors du colloque, plusieurs intervenants ont fait référence à l'informatique en nuage. Il a été expliqué que celle-ci supposait l'utilisation d'une infrastructure matérielle et logicielle et d'applications hébergées et gérées à distance, l'emplacement et la configuration du système n'étaient pas portés à la connaissance de l'utilisateur.

78. Il a été indiqué en particulier que, dans le cadre du modèle d'informatique en nuage connu sous le nom de logiciel-service (SaaS), les clients payaient un droit pour utiliser la solution informatique mais n'avaient pas besoin d'investir dans l'infrastructure, de la gérer, de la mettre à niveau ni de l'entretenir. D'autres avantages commerciaux concernaient les caractéristiques techniques propres aux solutions informatiques partagées, telles que l'évolutivité des opérations.

79. On a expliqué que l'informatique en nuage pouvait être classée en trois catégories: privée, à gestion intense et publique[17]. Il a également été indiqué qu'elle pouvait poser des problèmes de fonctionnement, de droit et de réputation. Certains

---

[17] Selon cette classification, un nuage privé est un environnement à un seul utilisateur, lequel exerce le contrôle de l'information dans la mesure où il contrôle les informations de son propre réseau interne. Le nuage privé est généralement situé dans les locaux de l'utilisateur ou sur un autre site contrôlé par lui, qu'il soit ou non propriétaire des ressources informatiques.
Un nuage à gestion intense est un ensemble de services informatiques supposant un haut niveau de gestion de la part de l'utilisateur mais contrôlé et géré par un prestataire.
Un nuage public est fourni par un prestataire de services et lui appartient. Les ressources informatiques sont généralement partagées par plusieurs utilisateurs.

problèmes de fonctionnement pouvaient justifier un traitement législatif particulier, par exemple dans les cas d'une modification du statut juridique des entités concernées due à des événements tels que des fusions et acquisitions ou à une insolvabilité.

80. Une liste préliminaire des problèmes juridiques liés à l'informatique en nuage mentionnait les droits de propriété intellectuelle, la responsabilité concernant la sécurité des données et des réseaux, les problèmes de compétence notamment lorsque plusieurs États étaient concernés, la communication électronique de pièces, et la perte ou la compromission d'informations d'identification personnelle ou de données confidentielles.

81. La nécessité de prendre en compte l'utilisation croissante de l'informatique en nuage pour le traitement et le stockage de données commerciales a été mentionnée, notamment en ce qui concerne les guichets uniques internationaux. Il a été indiqué que l'origine de plus en plus diverse des différents éléments de la chaîne d'approvisionnement rendait les choses encore plus complexes. On a donné comme exemple de la fragmentation croissante des chaînes de valeur le montage d'une voiture, qui nécessitait un grand nombre de pièces provenant de plusieurs pays.

82. En conclusion, il a été indiqué que l'informatique en nuage présentait des aspects particuliers qui devraient être examinés dans le cadre d'une instance supranationale. Il a été dit en outre que ces travaux législatifs pourraient être utilement entrepris dans le contexte d'un traitement plus large des questions juridiques liées à la cybersécurité et touchant le commerce électronique.

Factures électroniques

83. À titre d'exemple concret des difficultés rencontrées pour passer du papier à l'électronique pour les documents commerciaux, on a cité le cas des factures électroniques dans l'Union européenne.

84. Il a été expliqué que les factures électroniques pouvaient contribuer de façon significative à un environnement commercial sans papier, permettant ainsi d'économiser d'importantes ressources. Toutefois, il a été ajouté que l'utilisation de ces factures restait limitée dans l'Union européenne, puisqu'elles ne représentaient pas plus de 10 % de la quantité totale de factures émises, même dans les pays les plus avancés sur le plan technologique.

85. Il a été dit que plusieurs raisons pouvaient expliquer cette situation, notamment la diversité dans l'application de la directive de l'Union européenne sur un système commun de taxe sur la valeur ajoutée[18], donnant lieu à pas moins de 27 cadres juridiques et réglementaires différents. Les entreprises commerciales n'étaient pas prêtes à supporter le coût du respect des dispositions dans tous les pays.

86. Un autre facteur pertinent était l'imposition dans certains pays de conditions plus strictes pour les factures électroniques que pour les factures papier, telles que l'utilisation obligatoire d'une signature électronique qualifiée ou avancée au sens de

---

[18] Directive du Conseil 2010/45/UE du 13 juillet 2010 concernant les amendements à la Directive 2006/112/CE sur le système commun de taxe sur la valeur ajoutée, en ce qui concerne les règles en matière de facturation, *Journal officiel* L 189, 22 juillet 2010, p. 1 à 8.

la législation pertinente de la Communauté européenne[19] et des pays, conditions pouvant défavoriser les moyens électroniques par rapport aux autres moyens.

[19] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *Journal officiel* L 013, 19 janvier 2000, p. 12 à 20.

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI (CLOUT)

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2) publié en 2000 et disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone: (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI www.uncitral.org.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI.

VIII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/724)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-6
II.	Activités de coopération et d'assistance techniques	7-77
	A. Cadre stratégique pour les activités d'assistance technique	10-48
	B. Activités spécifiques	49-78
III.	Diffusion d'informations	79-96
	A. Site Web	80-82
	B. Bibliothèque	83-87
	C. Publications	88-92
	D. Communiqués de presse	93-94
	E. Demandes générales de renseignements	95
	F. Conférences d'information à Vienne	96
IV.	Ressources et financement	97-106
	A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI	99-102
	B. Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI	103-106

I. Introduction

1. Conformément à une décision prise à sa vingtième session en 1987, les activités de coopération et d'assistance techniques visant à promouvoir l'utilisation et l'adoption de ses textes représentent l'une des priorités de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1].

2. Dans sa résolution 65/21 du 10 janvier 2011, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

en transition, du travail de la Commission, et a de nouveau engagé les organismes d'aide au développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance et de coopération techniques de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes.

3. L'Assemblée générale a également souligné l'importance, pour l'unification et l'harmonisation progressives du droit commercial international, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, a prié instamment les États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

4. L'état de l'adoption des textes de la CNUDCI est régulièrement actualisé et peut être consulté sur le site Web de la CNUDCI. Il fait aussi l'objet d'une compilation annuelle dans une note du Secrétariat intitulée "État des conventions et des lois types" (pour la quarante-quatrième session de la Commission, voir A/CN.9/723).

5. La présente note expose les activités de coopération et d'assistance techniques menées par le Secrétariat depuis la publication de la précédente note dont la Commission a été saisie à sa quarante-troisième session en 2010 (A/CN.9/695 du 23 avril 2010), et rend compte de la mobilisation des ressources pour soutenir ces activités.

6. Un autre document (A/CN.9/725) fournit des informations sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international et sur le rôle de la CNUDCI dans la coordination de ces activités.

II. Activités de coopération et d'assistance techniques

7. Les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le Secrétariat visent à promouvoir l'adoption et l'interprétation uniforme des textes législatifs de la CNUDCI. Ces activités visent notamment à fournir des conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI ou d'y adhérer, d'incorporer l'une de ses lois types ou d'utiliser l'un de ses guides législatifs.

8. La coopération et l'assistance techniques peuvent notamment prendre les formes suivantes: réalisation de missions d'information et participation à des séminaires et conférences se tenant aux niveaux régional et national; aide aux pays pour l'évaluation des besoins de réforme de leur droit commercial, notamment par l'examen de leur législation existante; aide à la rédaction de législations nationales pour appliquer les textes de la CNUDCI; fourniture d'une aide aux organismes multilatéraux et bilatéraux de développement pour utiliser les textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme de la législation; prestation de conseils et d'une assistance à des organisations internationales et autres, comme les associations professionnelles, les organisations d'avocats, les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, sur l'utilisation des textes de la CNUDCI; et organisation d'activités de formation pour faciliter l'application et l'interprétation par les juges et autres juristes des législations fondées sur les textes de la CNUDCI.

9. Certaines des activités entreprises dans la période pertinente sont décrites ci-après. Les activités signalées par un astérisque ont été financées par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

A. Cadre stratégique pour les activités d'assistance technique

Contexte actuel de la réforme du droit commercial

10. Les changements des orientations politiques et économiques mondiales au cours des deux dernières décennies, souvent décrits comme le phénomène de la "mondialisation", ont eu un impact notoire dans le champ de la réforme du droit commercial.

11. L'augmentation du nombre d'entités souveraines n'est pas toujours allée de pair avec un renforcement des capacités en matière de gouvernance. De plus, l'urgente nécessité de contrer les menaces mondiales a placé certaines priorités au centre de l'attention et exigé des ressources significatives, au détriment d'autres domaines de travail, notamment le droit commercial international, dont le rôle en tant qu'outil important du développement est souvent négligé.

12. Les conflits internationaux et intérieurs ont affaibli la capacité des États touchés, notamment dans leur aptitude à s'engager dans une réforme du droit commercial et ce, en dépit du fait que le commerce peut largement contribuer au relèvement des pays après les conflits, à la fois en favorisant le développement économique et en instaurant une confiance mutuelle. Cette contribution a été reconnue récemment, et plus particulièrement l'utilité de la réforme du droit commercial dans ces situations[2].

13. De plus, la décision de changer de modèle économique, prise par plusieurs États nouvellement indépendants, appelait une assistance spécifique pour la réforme du droit commercial dans un certain nombre de domaines essentiels pour que la transformation réussisse.

14. Ces dernières décennies ont connu un accroissement significatif du commerce international, avec des conséquences nettement positives pour le développement économique. L'augmentation des flux commerciaux s'est traduite par une plus forte demande d'un cadre législatif approprié visant, en particulier, à aider les petites et moyennes entreprises et d'autres opérateurs économiques qui n'ont pas facilement accès à des conseils juridiques qualifiés. Dans certains domaines, la transformation des consommateurs en participants directs aux opérations internationales a également dû être prise en compte.

15. C'est dans ce contexte que le désir de promouvoir l'adoption des textes de la CNUDCI a conduit le Secrétariat à adopter une démarche plus proactive envers les parties prenantes. En particulier, le Secrétariat a identifié certaines stratégies susceptibles d'aider à promouvoir les textes plus efficacement dans le cadre plus large de ses activités d'assistance technique. Ces stratégies consistent notamment à favoriser les approches régionales, notamment en coopération avec les organisations d'intégration économique régionale. Elles comportent aussi des initiatives concernant des traités nouvellement adoptés, en vue d'encourager les adhésions

---

[2] Résolution 65/21 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 10 janvier 2011, par. 13.

rapides, et la promotion de l'adoption universelle des textes fondamentaux du droit commercial international, en particulier par les pays qui n'ont pas encore élaboré de cadre dans ce domaine, ou dont le cadre est obsolète. Les initiatives visant à mettre en œuvre ces stratégies complètent les efforts de coopération et d'assistance techniques entrepris en réponse à des demandes spécifiques.

Initiatives pour une approche régionale

16. Dans sa résolution 64/111[3], l'Assemblée générale a noté que la Commission avait demandé au Secrétariat d'étudier la possibilité d'établir une présence de la CNUDCI dans les régions en vue de faciliter l'apport d'une assistance technique visant l'utilisation et l'adoption des textes de la CNUDCI.

17. À la suite de cette demande, le Secrétariat a invité les États à faire savoir s'ils étaient intéressés par la création, dans différentes parties du monde, de centres régionaux de la CNUDCI qui apporteront une assistance technique aux États sur l'adoption et l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI et collaboreront étroitement avec les organisations internationales et régionales travaillant à des projets de réforme du droit dans ces régions. Étant donné que le budget ordinaire de la CNUDCI ne prévoit de crédits ni pour la création ni pour le fonctionnement de centres régionaux de ce type, et que les ressources extrabudgétaires pour les projets d'assistance technique sont très limitées, la création et les activités des centres régionaux nécessiteront des contributions financières importantes de la part des États. C'est dans ce contexte que le secrétariat de la CNUDCI déploie des efforts pour prendre plus activement contact avec des donateurs potentiels afin d'obtenir des fonds pour les projets d'assistance technique concernés.

18. Toujours pour répondre à cette demande, le Secrétariat, en étroite coopération avec le Ministère de la justice de la République de Corée et la Faculté de droit de Corée, a réuni le premier Atelier régional de la CNUDCI en Asie (l'"Atelier") les 23 et 24 novembre 2010 à Séoul (République de Corée). L'Atelier avait pour objectif de recueillir les opinions et de tirer parti des connaissances d'experts représentant des gouvernements, des organisations internationales, des universités et le secteur privé sur divers sujets dans le contexte régional asiatique, à savoir notamment le rôle de la CNUDCI et l'importance de ses textes, les travaux récents et futurs de la CNUDCI et leurs implications, l'assistance technique et les stratégies d'application des textes de la CNUDCI.

19. Les participants à l'Atelier sont convenus qu'il était souhaitable que le Secrétariat se concentre sur l'approche régionale en Asie, à la lumière du désir commun d'harmoniser les droits relatifs au commerce international. L'accent a aussi porté sur l'importance du commerce international pour le développement économique récent de la région.

20. L'opinion a été émise que les États asiatiques devraient participer plus activement à la formulation des principes et des textes du commerce international, et envisager de devenir parties aux textes de la CNUDCI ou de les adopter de façon plus active. Dans ce contexte, l'importance de la coordination entre les parties prenantes des États a été soulignée. Il a en outre été suggéré que les États s'échangent des informations sur leurs législations nationales relatives au commerce

---

[3] Résolution 64/111 de l'Assemblée générale, du 16 décembre 2009, alinéa e) du paragraphe 10.

international, éventuellement par le truchement du Secrétariat, et entreprennent avec la CNUDCI ainsi qu'avec d'autres organisations internationales de fournir une assistance juridique aux pays en développement.

21. S'agissant du rôle du Secrétariat, l'idée a été émise que le Secrétariat devrait contribuer à donner à la CNUDCI une présence plus visible dans la région, peut-être par l'établissement d'un bureau régional, pour fournir l'assistance technique nécessaire en urgence à la réforme du droit commercial, conformément aux besoins et aux demandes des États bénéficiaires. Il a en outre été noté que les activités d'assistance technique devraient être coordonnées avec des organisations régionales et d'autres organisations internationales ainsi qu'avec des établissements d'enseignement supérieur et des instituts de recherche.

22. La participation du Secrétariat au projet de facilitation des affaires de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) intitulé "Ease of Doing Business" (Exécution des contrats) offre un exemple de coopération entre le Secrétariat, une organisation internationale et des États, conformément aux lignes recommandées par l'Atelier. Ce projet, mené en coopération avec le Ministère de la justice de la République de Corée, vise à renforcer le cadre législatif et institutionnel pour l'exécution des contrats en Indonésie et au Pérou. Les mesures éventuelles de réforme du droit qui s'y rattachent ont notamment trait à l'examen de l'adoption des textes de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage et à la vente de marchandises.

23. Le Secrétariat participe à d'autres initiatives régionales, en particulier le Fonds régional ouvert pour le sud-est de l'Europe – Réforme juridique, projet qu'il réalise conjointement avec la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit ("GIZ", ex-"GTZ") en vue de promouvoir l'adoption et l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage et aux ventes internationales de marchandises. Ce projet est arrivé à son terme et un rapport final a été publié[4]. En 2010, des activités se sont associées à ce projet, parmi lesquelles la participation à une conférence organisée par l'Université de Belgrade et le Conseil consultatif de la CVIM pour fêter le trentième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)[5] (Belgrade, 12 et 13 novembre 2010).

24. Pour répondre aux demandes croissantes, le Secrétariat a aussi travaillé à intensifier sa présence dans les pays arabes en vue de promouvoir l'adoption des textes de la CNUDCI dans ces pays. Parmi les activités connexes envisagées, on citera notamment le renforcement des capacités, la sensibilisation et l'étude des interactions entre les sources uniformes du droit commercial et les pratiques et droits régionaux. Dans ce cadre, la collaboration actuelle avec l'Association arabe pour le droit maritime et commercial a débouché sur la participation à la quatrième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime (Alexandrie, Égypte, 29 et 30 mai 2010)*. Il faut aussi noter la contribution à la première Conférence sur le droit du transport et le droit maritime à Abou Dhabi concernant les "Règles de

---

[4] F. von Schlabrendorff, Implementation of the United Nations Convention on the International Sale of Goods and the system of international commercial arbitration in Southeast Europe. A report on a GTZ project, undertaken with the support of the United Nations Commission on International Trade Law., s.l., 2010.

[5] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3.

Rotterdam", organisée par l'Université Paris-Sorbonne d'Abou Dhabi (Abou Dhabi, 2-4 février 2011), et le soutien apporté à la première session de préparation ("pre-moot") au Concours annuel d'arbitrage commercial international Willem C. Vis au Moyen-Orient.

Collaboration avec des organisations d'intégration économique régionale

25. Ces dernières décennies ont vu une multiplication des initiatives visant à promouvoir une intégration économique régionale et mondiale. Dans ce cadre, les politiques et instruments relatifs au droit international commercial public (aussi appelé "droit international économique") visent à éliminer les obstacles au commerce tels que les droits, les taxes et autres mesures équivalentes, tandis que les activités normatives du droit international commercial privé visent à établir un cadre d'application juridique et réglementaire concernant les opérations commerciales internationales. Cependant la complémentarité entre ces deux domaines du droit commercial international n'a pas encore été suffisamment mise en lumière. Deux positions pourraient plus particulièrement être identifiées au niveau régional.

26. D'une part, des organisations d'intégration économique régionale ayant un pouvoir normatif dans le domaine du droit international commercial privé ont adopté des ensembles de règles parfois inspirées par des normes mondiales telles que celles élaborées par la CNUDCI. Cependant, ces organisations ne se sont pas nécessairement concentrées sur la nécessité d'assurer une interaction fluide entre les normes mondiales et régionales. Dans les pays engagés dans ce type d'effort régional d'intégration, des ressources limitées ont souvent été allouées à la préparation, l'adoption et la mise en œuvre de textes régionaux uniformes, et par conséquent soustraites aux projets mondiaux.

27. D'autre part, les États membres d'organisations d'intégration économique régionale sans mandat spécifique pour légiférer dans le domaine du droit international commercial privé ont parfois estimé possible d'adopter des normes juridiques mondiales afin de mettre en place un cadre régional uniforme en matière de droit commercial. Dans ces circonstances, les mêmes normes juridiques ont alors pu opérer tant au niveau régional que mondial, ce qui va dans le sens de la promotion de l'uniformité juridique.

28. La deuxième approche pourra être illustrée par l'adoption par les États parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), de textes de la CNUDCI dans les domaines de l'arbitrage, de la vente de marchandises et du commerce électronique, et l'adoption par certains États membres de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) de textes de la CNUDCI dans le domaine de l'arbitrage et du commerce électronique.

29. Le Secrétariat s'est efforcé de soutenir cette dernière approche pour répondre aux demandes exprimées par les États et les organisations internationales concernés. C'est ainsi que, par exemple, au cours de ces quelques dernières années, des activités se sont régulièrement déroulées dans les États parties au Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR). Ces activités étaient liées, entre autres, à l'adoption de textes de la CNUDCI par la République dominicaine, El Salvador et le Honduras. On trouvera un autre exemple de cette approche dans la contribution du Secrétariat au Groupe de travail de la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) sur le droit de

l'Internet, une initiative conjointe du secrétariat de la CAE et de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) visant à l'adoption de lois uniformes sur les transactions électroniques dans les États membres de la CAE sur la base, entre autres, des textes pertinents de la CNUDCI. Le Secrétariat rencontre régulièrement le Groupe de travail de la CAE sur le droit de l'Internet (voir aussi ci-dessous, par. 47).

Importance de l'adoption de normes juridiques uniformes pour l'harmonisation du droit commercial international

30. L'adoption de normes juridiques uniformes, que ce soit sous la forme de conventions internationales ou de lois types, est généralement considérée comme une étape nécessaire pour réussir à harmoniser le droit commercial international. Outre l'harmonisation, l'adoption formelle peut aussi fournir un premier indicateur de l'engagement d'un système juridique à moderniser le droit commercial international. Cependant, le rythme des adoptions des traités et des lois types en matière de droit commercial international, y compris ceux et celles élaborés par la CNUDCI, est souvent considéré comme inférieur aux attentes, de même que l'interprétation uniforme et l'application généralisée de ces normes juridiques, qui sont tout aussi importantes pour garantir l'efficacité des textes.

31. Le rythme de l'adoption se mesure plus facilement s'agissant des traités, dans la mesure où devenir partie à ces instruments impose de prendre une initiative diplomatique. De plus, à ce jour, aucun autre indicateur communément accepté du niveau d'adhésion aux textes de droit commercial uniforme n'est disponible. À cet égard, la Commission souhaitera peut-être déterminer s'il serait souhaitable et utile d'identifier des indicateurs de droit commercial international susceptibles de recevoir un assentiment universel, par exemple en vue de préparer des diagnostics pour les activités d'assistance technique.

32. Une étude statistique indique que les traités dans le domaine du droit commercial international sont formellement adoptés à un rythme inférieur à celui des traités dans d'autres domaines comme, par exemple, le droit de l'environnement, les droits de l'homme ou les affaires pénales internationales.

33. Au niveau des États, la réforme du droit commercial est une activité complexe résultant des interactions de nombreux facteurs politiques, économiques, juridiques et autres considérations. C'est pourquoi certains d'entre eux peuvent concourir à expliquer l'état actuel de l'adoption des traités internationaux de droit commercial.

34. Au niveau des opérateurs commerciaux, rappelons que l'autonomie des parties est un principe fondamental en droit international commercial privé. Par conséquent, les traités appartenant à ce domaine peuvent fréquemment être modifiés ou dénoncés par les parties, au gré de ce qu'elles estiment être leurs besoins contractuels. Cette possibilité est rare dans d'autres domaines du droit international, où prévalent des traités aux dispositions contraignantes.

35. Simultanément, les parties contractantes peuvent aussi incorporer à leurs accords des dispositions d'un traité non encore officiellement appliqué par les juridictions pertinentes. Une évaluation précise du degré effectif d'application des traités internationaux de droit commercial nécessiterait par conséquent de tenir compte de ces particularités.

36. Gardant ces considérations à l'esprit, le Secrétariat a tout particulièrement veillé à concevoir des approches stratégiques visant à promouvoir plus efficacement les textes législatifs de la CNUDCI.

Promotion de l'adoption universelle des instruments fondamentaux du droit commercial

37. Une approche se fonde sur la promotion, au premier chef, de l'adoption des instruments fondamentaux du droit commercial, c'est-à-dire, des traités qui ont déjà été largement adoptés et dont on pourrait par conséquent souhaiter qu'ils connaissent une participation universelle.

38. Les traités actuellement envisagés dans le cadre de cette approche sont la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[6] (la Convention de New York, convention des Nations Unies qui a été adoptée avant la création de la Commission, mais que cette dernière s'attache à promouvoir activement), dont l'adoption universelle a déjà été explicitement demandée par l'Assemblée générale[7], et la CVIM.

39. La participation du Secrétariat à la première Conférence africaine sur le droit commercial international, coorganisée par l'Université de Bâle et l'Université de Buea (Douala, Cameroun, 13 et 14 janvier 2011)* fait partie des activités relatives à ces instruments et réalisées dans la période considérée.

Promotion de traités récents

40. Une autre approche consiste à promouvoir spécifiquement des instruments nouvellement adoptés pour, en particulier, promouvoir leur signature et leur adoption par les États en vue de faciliter leur entrée en vigueur rapide.

41. Dans le cadre de cette approche, le Secrétariat a coordonné un certain nombre d'actions de sensibilisation ayant trait à la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam")[8], adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 2008[9] (voir A/CN.9/695/Add.1).

42. Le Secrétariat a poursuivi ces activités, en particulier au niveau régional, et a porté une attention spéciale aux parties du monde qui sont moins régulièrement et moins activement représentées dans le Groupe de travail sur le droit des transports, qui a rédigé les Règles de Rotterdam.

43. Le Secrétariat a pris part, plus particulièrement, aux événements suivants:

a) La conférence internationale intitulée "Les Règles de Rotterdam: le droit des transports maritimes pour le XXIe siècle?" organisée collectivement avec l'Université d'Aix-Marseille, l'Institut méditerranéen des transports maritimes et le Comité maritime international, pour promouvoir le texte dans la région méditerranéenne (Marseille, France, 19-21 mai 2010);

---

[6] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.
[7] Résolution 62/65 de l'Assemblée générale du 8 janvier 2008, par. 3.
[8] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.93.
[9] Résolution 63/122 de l'Assemblée générale du 2 février 2009.

b) La conférence internationale "Las Reglas de Rotterdam: El Nuevo Contrato de Transporte Internacional de Mercancías, Conveniencia o inconveniencia para Latinoamérica", organisée par la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 30 août-4 septembre 2010)*;

c) Le séminaire sur les Règles de Rotterdam organisé dans le contexte du Colloque annuel du Comité Maritime International (Buenos Aires, 24-27 octobre 2010); et

d) La Journée nationale de réflexion sur les Règles de Rotterdam, organisée par le Conseil National des Chargeurs du Cameroun (Douala, Cameroun, 15 novembre 2010).

44. L'Espagne fut la première à ratifier les Règles de Rotterdam, le 19 janvier 2011. Le traité est indéfiniment ouvert à la signature. Les États qui envisagent de signer les Règles de Rotterdam souhaiteront peut-être noter l'occasion de le faire lors de la Cérémonie des traités de 2011, qui se déroulera au Siège des Nations Unies à New York en septembre 2011, à l'occasion du débat général de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale.

45. L'autre traité récent actuellement très encouragé par le Secrétariat est la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux (la "Convention sur les communications électroniques")[10].

46. La Convention sur les communications électroniques a reçu pendant la période considérée les ratifications du Honduras et de Singapour. Elle nécessite une formalité conventionnelle encore pour entrer en vigueur. Certains États ont déjà manifesté leur intérêt à devenir parties à la Convention et sont en train de prendre des mesures législatives dans ce sens, en particulier en préparant et en adoptant les lois d'application nécessaires.

47. Le Secrétariat a travaillé en faveur de l'adoption de la Convention sur les communications électroniques dans le contexte plus large de l'adoption d'une législation moderne sur les transactions électroniques et avec l'aide d'autres organisations internationales. Ce type de coopération s'illustre par exemple dans le Groupe de travail de la Communauté de l'Afrique de l'Est sur le droit de l'Internet (voir ci-dessus, par. 29). La législation du Rwanda sur le commerce électronique[11] a été élaborée dans ce cadre. Une coopération similaire avec le Secteur du développement des télécommunications de l'Union internationale des télécommunications (UIT-D) et, en particulier, son projet de Développement de la compétitivité dans les Caraïbes par l'Harmonisation des politiques de TIC et les Procédures législatives et réglementaires (HIPCAR), est en cours d'examen.

48. La Commission souhaitera peut-être apporter des orientations sur le cadre stratégique pour l'assistance technique, en particulier, en vue d'assurer une participation et une coopération plus serrées entre les États et le Secrétariat, conformément au mandat de la Commission.

---

[10] New York, 23 novembre 2005, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

[11] Loi n° 18/2010 du 12 mai 2010, "Loi relative aux messages électroniques, signatures électroniques et transactions électroniques".

B. Activités spécifiques

49. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, le Secrétariat continue de fournir une assistance technique en réponse à des demandes spécifiques et en prenant en considération, selon que de besoin, les lignes directrices mises en relief ci-dessus. De plus, le Secrétariat a aussi poursuivi des objectifs spécifiques pour chaque domaine de travail à la lumière de ses particularités, notamment l'avancée du travail relatif à l'élaboration de textes législatifs.

50. Des activités d'assistance technique ont parfois trait à plus d'un domaine de travail. Tel était le cas, par exemple, de la participation du Secrétariat au projet sur le Programme de développement du secteur privé où, sous la direction de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI), un soutien a été apporté à la préparation de la nouvelle législation iraquienne sur, entre autres, les marchés publics et des solutions alternatives de résolution des litiges (arbitrage et conciliation). Ce programme vise à créer et mettre en vigueur un cadre efficace, cohérent et global pour le développement du secteur privé en Iraq. Il a, entre autres buts, celui d'améliorer le cadre juridique et réglementaire afin de favoriser la croissance économique.

Vente de marchandises

51. Le Secrétariat a travaillé à promouvoir l'adoption de la CVIM, pour aller dans le sens de l'adoption universelle de cette convention, comme mentionné ci-dessus (par. 38). Il faut noter que, parmi les récentes adoptions du texte, l'adhésion de la République dominicaine, le 7 juin 2010, est intervenue dans le contexte des actions régionales de promotion (voir ci-dessus, par. 29).

52. Pour soutenir ce mouvement d'adoption du traité, le Secrétariat a participé au séminaire sur la CVIM organisé par la Fédération des industries de l'État de Sao Paulo, (Sao Paolo, Brésil, 29 et 30 avril 2010) et au séminaire sur la CVIM accueilli par le Gouvernement indonésien (Jakarta, 8 juillet 2010).

53. De plus, le Secrétariat est aussi très engagé dans la promotion de l'interprétation uniforme de la CVIM. À cet égard, et en réponse aux demandes des universités et des praticiens, le Secrétariat soutient un processus visant à passer en revue les déclarations des États sur l'éventualité de devenir parties à la CVIM, en vue de les inviter à y réfléchir à nouveau, le cas échéant, afin d'harmoniser davantage le champ d'application de la CVIM.

54. Enfin, et aussi pour réagir à certaines suggestions des parties prenantes, le Secrétariat s'efforce d'accroître ses activités relatives à la promotion de l'adoption et de l'interprétation uniforme de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Convention sur la prescription)[12]. En particulier, pour la première fois, des jurisprudences ayant trait à l'application judiciaire de la Convention sur la prescription ont été collectées en vue de leur publication dans les recueils de jurisprudence CLOUT (voir aussi ci-dessous, par. 89, pour les activités promotionnelles se rapportant aux nouvelles publications dans ce domaine).

---

[12] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n°s 26119 et 26121.

55. De plus, les États déjà parties à la version non modifiée de la Convention sur la prescription ont été invités à envisager l'adoption de la version modifiée, ce que la République dominicaine a fait en adhérant à la version modifiée de la Convention sur la prescription, le 30 juillet 2010[13].

Résolution des litiges

56. Le Secrétariat est engagé dans la promotion de textes récents sur l'arbitrage et la conciliation, ainsi que dans le soutien aux travaux législatifs en cours. Le taux élevé d'adoption de ces textes entraîne une demande d'assistance technique remarquablement forte dans ce domaine.

57. En particulier, le Secrétariat a fait connaître ses commentaires sur divers projets de lois, notamment un projet de loi sur l'arbitrage préparé par le Gouvernement du Malawi et un projet de loi sur l'arbitrage élaboré par le Gouvernement de l'Équateur.

58. De plus, le Secrétariat a présenté à la Société financière internationale (SFI), qui fournit une assistance technique à de nombreux États en matière de règlement des litiges, ses commentaires sur diverses lois d'arbitrage et de médiation. Il a aussi fait connaître ses commentaires sur les lois relatives à la médiation à la GIZ dans le cadre des efforts de cette dernière visant à promouvoir des modes alternatifs de règlement des litiges dans les Balkans (voir aussi ci-dessus, par. 23).

59. Le Secrétariat fournit actuellement une assistance technique à la Banque mondiale pour promouvoir l'adoption de la Convention de New York en Afrique.

60. Le Secrétariat a également transmis à l'OCDE ses commentaires sur un projet de déclaration de cette dernière intitulé: "Faire de la liberté d'investissement un vecteur de croissance verte" et traitant en particulier de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, pour aider la Table ronde sur la liberté d'investissement, organisée par l'OCDE qui était alors en train de finaliser le projet de déclaration à l'attention de la réunion ministérielle de l'OCDE.

61. Événements auxquels le Secrétariat a participé:

a) La conférence sur les nouvelles tendances dans l'arbitrage international et le séminaire sur l'arbitrage et l'autonomie non illimitée des parties: l'impact du droit de la concurrence et du droit des sociétés, organisés par l'Université d'Oslo (Oslo, 6 et 7 mai 2010);

b) La troisième conférence de Charm el-Cheikh sur le rôle des juridictions étatiques dans l'arbitrage (Charm el-Cheikh, Égypte, 1er-5 juin 2010) qui a rassemblé quelque 200 juges, arbitres, praticiens et universitaires de tout le monde arabe et de plusieurs autres pays et régions pour débattre des évolutions de l'arbitrage;

c) Un atelier sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage ayant pour objectif de former des membres de l'appareil judiciaire (Santiago du Chili, 26 juin 2010);

---

[13] La République dominicaine a adhéré au texte original de la Convention sur la prescription le 23 décembre 1977.

d) La Conférence de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissement (Xiamen, Chine, 8 septembre 2010), centrée sur les principaux défis systémiques et de développement auxquels le régime actuel des accords internationaux d'investissement (AII) et son système de règlement des litiges entre investisseurs et États sont confrontés. Le Secrétariat a présenté les récents amendements qui ont abouti au Règlement d'arbitrage 2010 de la CNUDCI, leur éventuelle utilité dans les arbitrages fondés sur des traités, ainsi que les travaux futurs du Groupe de travail II sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États;

e) La conférence annuelle de l'Association internationale du barreau pour y donner une présentation sur l'utilisation de la médiation dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États (Vancouver, Canada, 6 octobre 2010);

f) Une conférence organisée par la Cour permanente d'arbitrage de la Chambre croate de l'économie, le Centre de médiation de la Chambre croate de l'économie et l'Association croate d'arbitrage pour expliquer et discuter, entre autres, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa version révisée de 2010 (Paris, 2 décembre 2010);

g) Le deuxième Symposium sur les accords internationaux d'investissements et les règlements des litiges investisseur-État au siège de l'OCDE, pour faire le point des développements actuels dans les accords internationaux d'investissement et le règlement des litiges investisseur-État en vue d'améliorer le système (Paris, 14 décembre 2010);

h) Une conférence organisée par le Gouvernement mauricien pour lancer la nouvelle plate-forme qu'il a créée pour l'arbitrage international commercial et en matière d'investissements (Maurice, 14 et 15 décembre 2010); et

i) Les Journées de l'arbitrage de Vienne, une conférence organisée par les plus grandes associations et institutions d'arbitrage autrichiennes, pour présenter le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa version révisée de 2010 (Vienne, 4 et 5 mars 2011).

62. Le Secrétariat a collaboré avec un certain nombre d'institutions et organismes d'arbitrage, notamment en coordonnant des formations de juges sur la Convention de New York et en coorganisant avec le Centre international d'arbitrage de la Chambre fédérale d'économie de l'Autriche (VIAC) la Conférence VIAC-CNUDCI 2011 (Vienne, 14 et 15 avril 2011).

Commerce électronique

63. Le Secrétariat a œuvré en faveur de l'adoption de la Convention sur les communications électroniques et d'autres textes sur le commerce électronique, en particulier, comme on l'a vu ci-dessus (par. 45 à 47), en coopération avec d'autres organisations, et en optant préférentiellement pour une approche régionale.

64. Grâce, pour partie aussi, à ces activités de promotion, plusieurs nouvelles mises en vigueur de législations nationales sur le commerce électronique et les signatures électroniques ont été enregistrées (voir A/CN.9/723).

65. Une tendance remarquable dans ce domaine a trait à l'adoption de dispositions de fond de la Convention sur les communications électroniques dans les législations

nationales, sans que pour autant ce traité soit formellement adopté par le pays concerné. À cet égard, il conviendrait de noter que l'un des buts de la Convention sur les communications électroniques est de mettre à jour et compléter les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[14] et de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[15]. L'incorporation des dispositions de la Convention au niveau intérieur est en total accord avec ce but. Cependant, l'absence d'adoption officielle du traité interdit d'atteindre d'autres buts importants de la Convention, tels que la suppression d'obstacles à l'utilisation des communications électroniques, contenus dans d'autres traités. Il semble donc souhaitable que les juridictions ayant déjà mis en vigueur certaines des dispositions de fond, ou toutes, de la Convention sur les communications électroniques envisagent l'adoption formelle de cette convention.

Passation de marchés

66. Conformément aux demandes formulées par le Groupe de travail I (Passation de marchés), le Secrétariat a noué des liens avec d'autres organisations s'intéressant à la réforme de ces questions pour stimuler la coopération relative notamment aux travaux de révision par la CNUDCI de sa Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[16]. Cette coopération vise à ce que les demandes et les circonstances soient comprises par le Groupe de travail lorsqu'il révisera la Loi type, et que les organisations travaillant à ces réformes soient informées des considérations d'orientation générale sous-tendant ces révisions, de façon à promouvoir une compréhension profonde et une utilisation appropriée de la Loi type, après son adoption par la Commission, tant au niveau régional que national[17]. Le Secrétariat a opté pour une approche régionale en matière de coopération, et des activités sont envisagées avec des banques multilatérales de développement dans plusieurs régions, un intérêt tout particulier étant porté à la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption (où la réforme de la passation de marchés joue un rôle central).

67. Le Secrétariat a participé, entre autres, aux activités régionales suivantes:

a) Le sixième Forum des marchés publics, organisé conjointement avec la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement, avec une contribution sur les réformes de la Loi type (Istanbul, Turquie, 26-29 avril 2010);

b) La Conférence internationale sur la réglementation des marchés publics, à l'Université de Malaisie, avec une contribution sur l'utilisation des passations de marché électroniques comme moyen de réaliser les objectifs d'un système de passation de marché (Kuala Lumpur, 9 août 2010);

c) La quatrième Conférence internationale des marchés publics (IPPC 2010), où le Secrétariat a prononcé, en tant qu'orateur principal, une allocution sur la réforme de la passation des marchés et présenté un exposé sur la passation électronique (Séoul, 26-28 août 2010);

---

[14] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.
[15] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.
[16] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.
[17] Voir documents A/CN.9/575, par. 52 et 67, et A/CN.9/615, par. 14.

d) La conférence Global Revolution IV, avec une allocution centrale sur la réforme de la Loi type et la participation à un groupe sur la passation de marché négociée (Copenhague, 9 et 10 septembre 2010); et

e) Le Forum international des marchés publics sur la réforme et la modernisation de la passation des marchés, qui s'est déroulé à l'Université chinoise des finances et de l'économie, et la Conférence de la Banque asiatique de développement et l'OMC sur la passation des marchés publics (Beijing, 13-18 octobre 2010).

68. D'autres activités pertinentes se sont traduites par la participation aux événements suivants:

a) Contribution sur les façons d'éviter les fraudes et la corruption dans les marchés publics, lors d'un événement spécifique organisé par le Bureau d'orientation sur la passation des marchés et la Commission indépendante de lutte contre la corruption, et sur les réformes de la Loi type au troisième Forum annuel des parties prenantes (Maurice, 19 et 21 octobre 2010); et

b) Participation à une conférence sur les marchés publics majeurs (Procurement Leadership Conference) s'adressant aux décideurs et praticiens européens pour la promotion de la Loi type sur les marchés publics (Düsseldorf, Allemagne, 7 et 8 novembre 2010).

69. Parmi les activités de rédaction de projets de lois, une aide a été apportée au Comité national d'étude du Gouvernement de Maurice afin de passer en revue la législation actuelle sur les marchés publics et d'incorporer des dispositions pour, entre autres, les accords-cadres, les marchés publics électroniques et les marchés publics durables (Maurice, 18-23 octobre 2010).

70. Le Secrétariat travaille aussi avec le Secrétariat de l'ONUDC à la mise en œuvre des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption touchant aux marchés publics, en utilisant la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés comme instrument d'application, et la Conférence des États Parties à cette convention a demandé la poursuite de cette coopération (CAC/COSP/WG.4/2010/7, par. 59)[18].

Insolvabilité

71. Le Secrétariat s'est attaché à promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes sur l'insolvabilité, en particulier de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, en participant à différentes manifestations internationales, notamment:

a) Participation à la conférence annuelle de la Section de l'insolvabilité, de la restructuration et des droits des créanciers de l'Association internationale du barreau, pour promouvoir le travail de la CNUDCI sur la médiation, l'insolvabilité et les opérations garanties (Hambourg, Allemagne, 16-18 mai 2010);

b) Participation à une réunion du Groupe spécial de la Banque mondiale sur l'insolvabilité et les régimes créancier/débiteur (Washington, 10 et 11 janvier 2011).

---

[18] Voir aussi le document CAC/COSP/WG.4/2010/3, "Bonnes pratiques de prévention de la corruption dans les procédures de passation des marchés publics".

La réunion avait pour objectif de débattre de la mise à jour de la Norme applicable au traitement de l'insolvabilité et à la protection des droits des créanciers ("Norme ICR") au vu de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[19] ainsi que d'autres questions relatives à l'insolvabilité, en vue d'améliorer la capacité des régimes d'insolvabilité à aborder les questions juridiques et les grandes orientations. La Norme ICR appartient au projet Normes et codes du Conseil de stabilité financière et a été utilisée par la Banque mondiale dans ses Rapports sur le respect des normes et codes de l'ICR. La Norme, élaborée en collaboration avec le secrétariat de la CNUDCI, comporte: a) les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et b) les Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers. Avant la réunion du Groupe spécial, le secrétariat de la CNUDCI a consulté la Banque mondiale afin de s'assurer de la bonne incorporation de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité dans la Norme ICR actualisée; et

c) Coorganisation avec INSOL International et la Banque mondiale d'un Colloque juridique multinational sur le droit de l'insolvabilité (Singapour, 12 et 13 mars 2011)*, [20]. Le Colloque avait pour objectif d'aider les juges, les législateurs et les officiers de justice à comprendre les tenants et aboutissants du traitement des affaires d'insolvabilité internationale et à développer leurs connaissances sur les cadres internationaux de la coordination et de la coopération judiciaires. Ce colloque était le neuvième d'une série initialement coorganisée avec INSOL International et, depuis 2007, avec la Banque mondiale. Environ 80 juges et fonctionnaires gouvernementaux, de plus de 40 États, ont participé, apportant une large gamme d'expériences et de perspectives concrètes, en particulier en matière d'insolvabilité internationale, dans différents systèmes juridiques. Le Colloque a été une occasion très appréciée par les juges d'échanger leurs expériences et d'approfondir leur compréhension des diverses approches nationales dans les affaires d'insolvabilité internationale. Le dixième Colloque juridique devrait être organisé en 2013.

Sûretés

72. L'approche adoptée par le Secrétariat pour la fourniture de l'assistance technique en relation avec les textes de la CNUDCI sur les sûretés (la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[21], le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties[22] et son supplément sur les sûretés réelles mobilières en matière de propriété intellectuelle[23]) est double. La première approche est centrée sur la diffusion d'informations sur ces textes auprès des représentants gouvernementaux, des législateurs, des juges, des universitaires et des praticiens et donc sur l'encouragement à leur mise en œuvre. Ces activités ont entraîné la participation aux événements suivants:

---

[19] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 233.

[20] Le rapport sur le colloque sera disponible à l'adresse: www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia.html.

[21] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

[22] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

[23] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.11.V.6.

a) La Conférence, sous l'égide de la Banque mondiale et de Modern Law Review, sur les normes juridiques internationales relatives aux opérations garanties, la facilitation du crédit et la crise financière, organisée par l'Université de Newcastle pour discuter du rôle de la CNUDCI dans la préparation des normes juridiques internationales, des activités pertinentes de la Banque mondiale et de leurs impacts, en particulier sur la réforme de la législation anglaise (Newcastle, Royaume-Uni, 14-16 mai 2010);

b) Un séminaire organisé par le Programme de développement du droit commercial (CLDP) du Ministère du commerce des États-Unis d'Amérique et le Centre national d'études juridiques, Ministère de la justice égyptien, pour offrir aux juges des tribunaux économiques d'Égypte un cours sur les financements garantis et le droit de l'insolvabilité, et pour susciter un soutien aux projets actuels de réforme de la législation en Égypte (Le Caire, 20-22 mai 2010);

c) La réunion annuelle du Comité consultatif sur le droit privé international (ACPIL) organisée par le Département d'État des États-Unis d'Amérique pour discuter de divers textes de la CNUDCI, notamment ceux sur les sûretés (Washington, 28 et 29 octobre 2010);

d) Le Symposium international 2010 sur la propriété intellectuelle, organisé par l'Institut coréen de la propriété intellectuelle et la Société coréenne de la propriété intellectuelle, sur le financement de la propriété intellectuelle (Séoul, 17 novembre 2010);

e) Un colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion (Université Paris-Descartes), le Centre de droit des affaires du patrimoine et de la responsabilité (Université Rennes 1) et le Centre Michel de l'Hospital (Université d'Auvergne), sur la rénovation des sources du droit et le récent travail de la CNUDCI sur les sûretés (Paris, 18 et 19 novembre 2010);

f) Une conférence organisée par le Ministère des affaires étrangères, l'Association du barreau d'Athènes et l'Université Démocrite de Thrace sur les tendances et évolutions internationales actuelles en droit international privé dans le travail de la CNUDCI, UNIDROIT et la Conférence de La Haye sur le droit international privé (Athènes, 25 novembre 2010); et

g) Un séminaire organisé par la Chambre de commerce d'Istanbul et la faculté de droit de l'Université Yeditepe sur le financement de la propriété intellectuelle (Istanbul, Turquie, 6-8 décembre 2010).

73. La deuxième approche se concentre sur les institutions financières internationales, dont la Banque mondiale, la Société financière internationale (SFI) et les banques régionales de développement, qui apportent une assistance technique aux États dans le domaine des opérations garanties, sans formuler toutefois leurs propres normes législatives. Étant donné que ces activités liées à la réforme du droit, notamment la mise en place de registres des sûretés réelles mobilières, doivent se fonder sur des normes législatives internationalement reconnues, le Secrétariat travaille en coordination avec ces institutions financières internationales pour faire en sorte que l'assistance technique fournie soit conforme aux textes de la CNUDCI sur les opérations garanties.

74. Un exemple de cette approche est l'examen, par le Secrétariat, du référentiel de la Banque mondiale sur les régimes d'opérations garanties et les registres de

sûretés (Secured Transactions Systems and Collateral Registries Toolkit) (janvier 2010), qui a permis d'aligner le référentiel sur les recommandations du Guide. Un autre exemple est celui de la participation du Secrétariat à la réunion du Groupe consultatif de la SFI sur les opérations garanties, organisée par le Service-conseil de la SFI sur le climat de l'investissement (Washington, 21 et 22 octobre 2010). On citera encore la participation de représentants membres du Groupe de travail VI à la Conférence sur les infrastructures financières (Flux des opérations garanties), organisée par la Banque mondiale et la Société financière internationale (Rio de Janeiro, Brésil, 14-17 mars 2011), où il a été fait plusieurs fois référence à l'utilisation du Guide dans la réforme du droit relatif aux opérations garanties dans le monde.

75. Le Secrétariat tient aussi des consultations informelles avec des législateurs et des décideurs de divers pays, parfois dans le cadre du suivi des activités susmentionnées. Cette constante interaction avec les acteurs concernés a abouti à ce que le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le "Guide") soit pris en compte dans les récentes promulgations et révisions de lois en Australie (Personal Property Securities Act, 2009), au Malawi (projet de loi sur les opérations garanties) et en République de Corée (loi concernant les sûretés sur les biens meubles et les créances, 2010). Ces travaux ont aussi permis de faire en sorte que le Projet de cadre commun de référence sur les principes, définitions et règles modèles du droit privé européen, volume 6, livre IX (Sûretés réelles mobilières), élaboré par le Groupe d'étude sur un Code civil européen et le Groupe de recherche sur le droit privé communautaire (Groupe Acquis) soit dans une large mesure cohérent avec les recommandations du Guide.

Autres activités de renforcement des compétences

76. Le Secrétariat s'est aussi engagé dans d'autres activités de renforcement des compétences visant à accroître la connaissance du droit commercial international. Parmi celles-ci, on notera la coopération avec le Centre du commerce international de l'Organisation internationale du Travail (CCI-OIT) et l'Université de Turin.

77. À partir de l'expérience du cours de Master sur la Passation des marchés publics pour le développement durable, cogéré avec le CCI-OIT et l'Université de Turin, le Secrétariat a contribué à la mise sur pied et participé à la gestion d'un nouveau cours de Master en droit[24]. Ces cours de Master font partie intégrante du programme d'enseignement plus vaste de l'"École du développement de Turin"[25].

78. Les agences internationales de développement et d'autres institutions gérant des programmes globaux d'assistance technique souhaiteront peut-être envisager de parrainer la participation à ces cours pour contribuer à renforcer à long terme les capacités locales des pays partenaires.

---

[24] Pour davantage de renseignements sur ces cours de Master, voir www.itcilo.org/en/standard-courses-registration/masters-postgraduates-2.

[25] www.itcilo.org/en/news/masters.

III. Diffusion d'informations

79. Un certain nombre de documents et de publications élaborés par la CNUDCI jouent un rôle clef dans ses activités de coopération et d'assistance techniques, en particulier pour ce qui est de la diffusion d'informations sur ses activités et ses textes. Ces ressources sont constamment développées afin de continuer de faciliter la diffusion d'informations et de veiller à ce que celles-ci soient actuelles et à jour.

A. Site Web

80. Décliné dans les six langues officielles de l'ONU, le site Web permet d'accéder au texte intégral de la documentation de la CNUDCI et d'autres documents relatifs au travail de cette dernière (publications, informations sur l'état des traités, communiqués de presse, événements et nouvelles). Conformément à la politique organisationnelle relative à la diffusion des documents, les documents officiels sont fournis, sous réserve de disponibilité, sur le lien du Système de diffusion électronique des documents (Sédoc) des Nations Unies.

81. Le nombre des visites au site Web de la CNUDCI a régulièrement augmenté ces dernières années et cette tendance s'est poursuivie en 2010. Environ 60 % des flux sont dirigés vers des pages en anglais, 25 % vers celles en français et en espagnol, et les 15 % restants vers celles en arabe, en chinois et en russe. À cet égard, il convient de noter que si le site Web de la CNUDCI fait partie des plus importantes sources d'information électroniques pour le droit commercial international dans toutes les langues, il représente sans doute actuellement l'unique source d'information de sa catégorie disponible dans certaines de ces langues.

82. Le contenu du site Web est continuellement mis à jour et augmenté dans le cadre des activités de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI et par conséquent sans entraîner de coût supplémentaire pour le Secrétariat. En particulier, les documents officiels de la CNUDCI relatifs aux sessions antérieures de la Commission sont continuellement chargés dans le Sédoc et mis à disposition sur le site dans le cadre d'un projet de numérisation des archives de la CNUDCI, mené en collaboration avec le Groupe de la gestion des documents de l'ONUV. En 2010, 550 nouveaux documents officiels environ ont été mis à disposition sur le site Web de la CNUDCI.

B. Bibliothèque

83. Depuis sa création en 1979, la Bibliothèque de droit de la CNUDCI aide le personnel du Secrétariat et les participants aux réunions intergouvernementales organisées par la CNUDCI à effectuer des recherches. Elle aide également, dans ce domaine, le personnel des missions permanentes, d'autres organisations internationales sises à Vienne, des chercheurs extérieurs et des étudiants en droit. En 2010, le personnel de la bibliothèque a répondu à environ 500 demandes de références en provenance de plus de 26 pays.

84. La collection de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI est axée principalement sur le droit commercial international et compte actuellement plus de 10 000 monographies, 150 titres de périodiques actifs, des documents de référence juridiques et généraux, y compris des documents de l'ONU autres que ceux de la

CNUDCI, des documents d'autres organisations internationales, et des ressources électroniques (dont l'accès est restreint aux seuls utilisateurs internes). Une attention particulière est portée à l'acquisition de nouveaux documents dans les six langues officielles de l'ONU.

85. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI gère un catalogue exploitable en ligne à usage général (OPAC), conjointement avec les autres bibliothèques des Nations Unies à Vienne et avec l'appui technique de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève. Le catalogue est accessible depuis la page "bibliothèque" du site Web de la CNUDCI.

86. Le personnel de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI établit chaque année, pour la Commission, une "bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI". La bibliographie contient des références d'ouvrages, d'articles et de thèses dans diverses langues, classées par sujet (pour la quarante-quatrième session de la Commission, voir A/CN.9/722). Chaque entrée bibliographique est saisie dans le catalogue, et le texte intégral de tous les documents cités est conservé dans la collection de la Bibliothèque. Les mises à jour mensuelles à compter de la date de la bibliographie annuelle la plus récente sont consultables dans la rubrique "bibliographie" du site Web de la CNUDCI[26].

87. Une version préliminaire de la bibliographie consolidée des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI a été mise en ligne sur le site Web de la CNUDCI en 2009[27]. La bibliographie consolidée regroupe toutes les entrées bibliographiques des rapports soumis à la Commission depuis 1968. Elle contient actuellement plus de 5 500 entrées, reproduites en anglais et dans les langues originales, vérifiées et uniformisées dans la mesure du possible. Sa version finale sera disponible en tant que publication officielle de la CNUDCI sous réserve de la disponibilité des ressources financières.

C. Publications

88. Outre les documents officiels, la CNUDCI publie traditionnellement deux séries de documents, à savoir les textes de tous les instruments élaborés par la Commission et, d'autre part, l'*Annuaire* de la CNUDCI. Ces publications sont régulièrement fournies pour appuyer les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le Secrétariat, ainsi que par d'autres organisations où les travaux de la CNUDCI sont examinés, et dans le cadre des mesures nationales de réforme de la législation.

89. Les travaux suivants ont été publiés en 2010: le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale[28], la collection des textes juridiques de la CNUDCI sur CD-ROM et l'*Annuaire* 2005 de la CNUDCI. L'*Annuaire* 2006 a été publié au début de 2011, et le texte de l'*Annuaire* 2007 est finalisé et en voie de publication.

---

26 www.uncitral.org/uncitral/en/publications/bibliography_monthly.html.

27 www.uncitral.org/uncitral/en/publications/bibliography_consolidated.html.

28 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.

90. De plus, un nouveau livre électronique contenant le texte et les notes explicatives de la CVIM a été élaboré[29] et est accessible sur le site Web de la CNUDCI[30]. Le nouveau texte incorpore les corrections au texte de cette convention, effectuées par le dépositaire du traité. Une publication similaire, contenant le texte et les notes explicatives de la Convention sur la prescription, devrait également venir.

91. Les minutes du Congrès de la CNUDCI, "Un droit moderne pour le commerce mondial", qui s'est déroulé à l'occasion de la quarantième session de la Commission (Vienne, 9-12 juillet 2007), devraient aussi être publiées sous la forme d'un livre électronique en 2011.

92. Si toutes les publications récentes sont disponibles sous forme papier et sous forme électronique, des efforts sont actuellement faits pour recourir davantage aux médias électroniques pour tenir compte de préoccupations tant budgétaires qu'environnementales et, selon les nécessités, tirer parti aussi des capacités technologiques. D'où, entre autres, la préparation de CD spécifiques à certains événements et contenant une compilation de textes de la CNUDCI, qui seront distribués en lieu et place des documents papier.

D. Communiqués de presse

93. Des communiqués de presse sont régulièrement publiés lorsque des formalités conventionnelles se rapportant aux textes de la CNUDCI sont accomplies ou que des informations relatives à l'incorporation d'une loi type de la CNUDCI, ou d'autres textes pertinents, sont reçues. Des communiqués de presse sont également publiés à propos d'informations d'une importance particulière et concernant directement la CNUDCI. Ces communiqués de presse sont adressés par courriel aux parties intéressées et sont affichés sur le site Web de la CNUDCI, ainsi que sur celui du Service de l'information de l'ONU à Vienne (UNIS) à Vienne ou du Département de l'information, Division de l'information et des médias à New York, le cas échéant.

94. Afin d'améliorer l'exactitude et l'actualité des informations reçues concernant l'incorporation des lois types de la CNUDCI, puisque cette incorporation ne nécessite pas de formalités auprès du Secrétariat de l'ONU, et pour faciliter la diffusion des informations correspondantes, la Commission souhaitera peut-être demander aux États membres d'informer le Secrétariat lorsqu'ils adoptent une législation appliquant une loi type de la CNUDCI.

E. Demandes générales de renseignements

95. Le Secrétariat traite actuellement 2 000 demandes générales de renseignements par an environ, qui portent notamment sur des aspects techniques et la disponibilité des textes de la CNUDCI, des documents de travail, des documents de la Commission, et sur d'autres questions connexes. De plus en plus souvent, il y est répondu en renvoyant au site Web de la CNUDCI.

---

29 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.14.

30 www.uncitral.org/pdf/english/textes/sales/cisg/V1056997-CVIM-e-book.pdf.

F. Conférences d'information à Vienne

96. Le Secrétariat organise à la demande, sur site, des conférences d'information sur les travaux de la CNUDCI à l'intention d'étudiants et d'universitaires, de membres du barreau, de fonctionnaires, y compris des juges et autres personnes intéressées. Depuis le dernier rapport, des conférences ont été organisées à l'intention de visiteurs venus, entre autres, d'Allemagne, d'Autriche, des États-Unis d'Amérique, de Hongrie, de République de Corée, de Slovénie et d'Ukraine.

IV. Ressources et financement

97. Les dépenses liées à la plupart des activités de coopération et d'assistance techniques ne sont pas financées par le budget ordinaire. Pour pouvoir exécuter les activités d'assistance et de coopération techniques du programme de travail de la CNUDCI, le Secrétariat est donc tributaire de la disponibilité de ressources extrabudgétaires.

98. Le Secrétariat a étudié un certain nombre de manières d'accroître les ressources pour les activités d'assistance technique, notamment par des contributions en nature. En particulier, un certain nombre de missions ont été financées, en tout ou partie, par les organisateurs. Des sources de financement complémentaires seraient potentiellement disponibles si les activités de réforme du droit commercial pouvaient être plus régulièrement intégrées à des programmes plus larges d'aide au développement international. À cet égard, la Commission voudra peut-être donner des indications sur les éventuelles mesures à prendre dans l'avenir.

A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

99. Le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI appuie les activités de coopération et d'assistance techniques menées au profit des membres de la communauté juridique des pays en développement, en finançant la participation du personnel de la CNUDCI ou d'autres experts aux séminaires où les textes de la CNUDCI sont présentés pour examen et adoption éventuelle, ainsi que les missions d'enquête effectuées pour évaluer, dans une optique de réforme, les législations internes existantes et les besoins des pays en matière de réforme du droit commercial.

100. Dans la période considérée, des contributions et une nouvelle promesse de don ont été reçues de la part du Gouvernement indonésien, que la Commission voudra peut-être remercier.

101. La Commission voudra peut-être noter que, malgré les efforts du Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières disponibles dans le Fonds d'affectation spéciale suffiront uniquement à financer un nombre très restreint de futures activités de coopération et d'assistance techniques. Les efforts réalisés pour organiser au moindre coût les activités de coopération et d'assistance techniques demandées et, autant que possible, par cofinancement et partage des coûts, se poursuivent. Cependant, lorsque les fonds actuels seront épuisés, les demandes de coopération et d'assistance techniques entraînant des frais de voyage ou d'autres frais connexes devront être déclinées, à moins que le Fonds d'affectation spéciale ne

reçoive de nouveaux dons ou que d'autres sources de financement ne soient trouvées.

102. La Commission voudra peut-être demander à nouveau à tous les États, aux organismes et organes des Nations Unies concernés, aux organisations internationales et aux autres entités intéressées de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale, si possible sous une forme pluriannuelle, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre aux demandes de coopération et d'assistance techniques, et d'élaborer un programme d'assistance technique plus suivi et davantage inscrit dans la durée. La Commission pourrait également demander aux États membres d'aider le Secrétariat à identifier des sources de financement au sein de leur gouvernement.

B. Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

103. La Commission voudra peut-être rappeler que, dans la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi qu'aux personnes physiques et morales.

104. Au cours de la période considérée, une contribution a été reçue du Gouvernement de l'Autriche, pays que la Commission voudra peut-être remercier.

105. Afin d'assurer la participation de tous les États membres aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission voudra peut-être engager de nouveau les organismes concernés des Nations Unies, les organisations et les institutions, ainsi que les particuliers, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour octroyer une aide, au titre des frais de voyage, aux pays en développement membres de la Commission.

106. Il est rappelé que, dans sa résolution 51/161 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a décidé d'inscrire les fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage sur la liste des fonds et des programmes dont s'occupe la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement.

IX. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types (A/CN.9/723)

[Original: anglais]

Non reproduit. La liste actualisée peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI ou consultée sur Internet à l'adresse www.uncitral.org

X. COORDINATION ET COOPÉRATION

Note du Secrétariat sur les activités de coordination (A/CN.9/725)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Activités de coordination	4-20
	A. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et Conférence de La Haye de droit international privé	4-7
	B. Autres organisations	8-20

I. Introduction

1. Dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de saisir la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'un rapport sur les activités juridiques que les organisations internationales mènent dans le domaine du droit commercial international, ainsi que des recommandations sur les mesures que la Commission devrait prendre pour s'acquitter de son mandat de coordination des activités des autres organisations dans ce domaine.

2. Dans sa résolution 36/32 du 13 novembre 1981, l'Assemblée générale a souscrit aux diverses méthodes suggérées par la Commission pour renforcer son rôle de coordination dans le domaine du droit commercial international[1]. Cette dernière a notamment proposé que soient présentés, en plus d'un rapport général sur les activités des organisations internationales, des rapports sur des domaines particuliers où il serait question du travail déjà entrepris et des secteurs qui n'avaient pas encore fait l'objet de mesures d'unification, mais où un effort dans ce sens semblait s'imposer[2].

3. Le présent rapport, établi en application de la résolution 34/142 et conformément au mandat de la CNUDCI[3], donne des informations sur les activités d'autres organisations internationales qui œuvrent dans le domaine du droit commercial international, auxquelles le secrétariat de la CNUDCI a participé, en particulier les groupes de travail, les groupes d'experts et les réunions plénières.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 93 à 101.

[2] Ibid., par. 100.

[3] Voir résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

L'objet de cette participation était de coordonner les activités connexes menées par différentes organisations, d'échanger des informations et des connaissances, et d'éviter tout chevauchement d'activités et les doublons qui en résultent.

II. Activités de coordination

A. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et Conférence de La Haye de droit international privé

1. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)

4. Le Secrétariat a participé aux réunions suivantes d'UNIDROIT:

a) Quatrième session du Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT pour la préparation d'un projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Rome, 3-7 mai 2010). Ont participé à cette session des représentants de gouvernements, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ainsi que d'organismes internationaux actifs dans les domaines de l'exploitation commerciale de l'espace, de la finance et de l'assurance;

b) Quatre-vingt-neuvième session du Conseil de direction d'UNIDROIT (Rome, 10-12 mai 2010). Parmi les points inscrits à l'ordre du jour figuraient l'état d'avancement des travaux relatifs à la nouvelle édition des Principes relatifs aux contrats du commerce international; le suivi et la promotion de la Loi type sur la location et la location-financement (2008); l'état de mise en œuvre de la Convention du Cap (2001) et de ses protocoles; et le Programme de travail triennal de l'Organisation (2011-2013);

c) Cinquième session du groupe de travail d'UNIDROIT chargé d'élaborer une troisième édition des Principes relatifs aux contrats du commerce international (Rome, 24-28 mai 2010). Cette troisième édition comprenait de nouveaux chapitres sur l'enrichissement sans cause ou la restitution, l'illicéité, la pluralité de créanciers et/ou de débiteurs, les obligations conditionnelles et la résolution des contrats à long terme "for cause"[4]. Elle devrait être officiellement approuvée par le Conseil de direction d'UNIDROIT à sa prochaine session, en mai 2011; et

d) Première réunion du Comité d'UNIDROIT sur les marchés émergents et les questions de suivi et de mise en œuvre, précédée d'un colloque intitulé "Le droit des transactions portant sur des titres sur les marchés émergents: leçons tirées de la crise et orientations à long terme" (Rome, 6-9 septembre 2010)[5]. L'objet de la réunion du Comité intergouvernemental était d'examiner l'accueil réservé dans les divers pays à la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009) ("Convention de Genève sur les titres") et les

---

[4] Voir la note du Secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/707), datée du 23 avril 2010, p. 4.

[5] Le programme du colloque est disponible à l'adresse: www.unidroit.org/french/cem1/programme.pdf.

propositions faites en vue de sa promotion. La réunion a également examiné le Kit d'adhésion à la Convention de Genève sur les titres, qui aborde les liens qui existent entre la Convention et le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. En outre, le Comité a examiné des propositions de travaux futurs d'UNIDROIT, qui porteraient notamment sur a) une loi type sur la compensation des instruments financiers et b) un guide législatif relatif aux transactions effectuées sur les marchés émergents. La coopération avec le Secrétariat a été encouragée afin d'assurer la cohérence entre ces projets et le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, notamment en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières sur les titres non intermédiés.

2. Conférence de La Haye de droit international privé

5. Le Secrétariat a participé aux réunions suivantes de la Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye):

a) Réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique (La Haye (Pays-Bas), 7-9 avril 2010)[6], qui a notamment examiné les travaux menés actuellement par la Conférence. Le Conseil a pris note, en vue de l'améliorer, d'une proposition tendant à examiner la question de la loi applicable aux aspects réels des biens meubles. Il a également invité le Bureau permanent de la Conférence à continuer de suivre l'évolution de questions de droit international privé touchant le commerce électronique, la justice électronique et la protection des données. Il a été indiqué, enfin, que le Bureau permanent pourrait également suivre la question de l'évaluation et de l'analyse des aspects juridiques transnationaux des sûretés réelles mobilières en tenant compte, en particulier, des travaux menés par d'autres organisations internationales;

b) Réunion de juges spécialisés chargés d'examiner des lignes directrices sur la communication judiciaire internationale (La Haye (Pays-Bas), 28 juin 2010). L'objet de cette réunion était d'examiner le dernier projet établi pour ces lignes directrices dans le cadre des conventions de la Conférence de La Haye relatives à la protection des enfants, ainsi que le réseau de juges mis en place à cet effet. Le projet de texte (daté de 2006) était accompagné d'un document d'orientation qui contenait diverses propositions de modification soumises par des juges membres du groupe d'experts; et

c) Deuxième réunion du Groupe d'experts sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (La Haye (Pays-Bas), 15-17 novembre 2010)[7]. À cette réunion, les experts sont parvenus à un accord préliminaire sur certains points fondamentaux de l'instrument[8] que sont l'existence et la validité matérielle de l'accord sur le choix de la loi et du consentement des parties, le choix implicite de la loi, le changement de choix de la loi et le dépeçage, les conditions de forme et l'étendue de la loi choisie (notamment les règles non étatiques).

---

[6] Le Secrétariat a participé à la réunion du Conseil en qualité d'observateur.

[7] Le Secrétariat a participé à cette réunion en qualité d'observateur.

[8] Disponible à l'adresse: http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_nov2010f.pdf.

3. Activités conjointes avec UNIDROIT et la Conférence de La Haye

6. Le Secrétariat a participé, avec UNIDROIT et la Conférence de La Haye, à une réunion de coordination annuelle qui a examiné les travaux menés actuellement par les trois organisations et les domaines de coopération possibles (La Haye (Pays-Bas), 9 juin 2010).

7. Suite aux réunions tenues entre les secrétariats des trois organisations[9], on élabore actuellement une publication qui présentera et illustrera les liens qui existent entre les textes de ces organisations sur les sûretés. Cette publication aidera les États qui envisagent d'appliquer ces textes en récapitulant les diverses manières dont ceux-ci peuvent être adoptés en vue d'instaurer un régime législatif moderne et complet pour les opérations garanties.

B. Autres organisations

8. Le Secrétariat a mené d'autres activités de coordination avec diverses organisations internationales. Il a, par exemple, présenté des commentaires sur les documents élaborés par d'autres organisations et participé à diverses réunions et conférences, y présentant parfois le travail de la CNUDCI.

1. Généralités

9. Le Secrétariat a participé, en y présentant un document, à la Conférence de l'Organisation internationale de droit du développement (OIDD) sur l'aide au développement en matière juridique et judiciaire consacrée à la mise en œuvre de la Déclaration de Paris et du Programme d'action d'Accra sur l'état de droit et les droits de l'homme (Rome, 21 octobre 2010). Il a souligné la pertinence des travaux de la CNUDCI en présentant un exposé sur la manière d'assurer la cohérence entre la réforme du droit commercial relatif aux obligations conventionnelles internationales et les stratégies de développement nationales. La Conférence a examiné la mesure dans laquelle les pays en développement élaboraient des stratégies nationales pour la justice et l'état de droit, l'expérience des donateurs et l'appui apporté à ces stratégies, ainsi que leur incidence sur la réforme du système juridique et l'autonomisation des pauvres. Les interventions ont également mis en avant les difficultés rencontrées pour ce qui est de faire participer la société civile à la planification et à l'application de stratégies nationales, les progrès accomplis dans le suivi et l'évaluation de ces stratégies, et l'expérience acquise dans la mise en œuvre de stratégies sectorielles dans les pays qui sortent d'un conflit ou sont fragiles.

10. Depuis décembre 2010, le Secrétariat est membre du Groupe interorganisations du Conseil des chefs de secrétariat pour la coordination (CCS), mécanisme interinstitutions chargé de coordonner les activités menées dans les domaines du commerce et du développement aux niveaux national et régional à l'échelle du système des Nations Unies. Dirigé par la CNUCED, ce groupe comprend l'ONUDI, le PNUD, le CCI, la FAO, l'OMC, le PNUE, l'OIT, la

---

[9] Note du Secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/657/Add.1), par. 1 et 2.

CNUDCI, l'UNOPS et cinq commissions régionales des Nations Unies. Il est notamment chargé de s'assurer que les questions relatives aux secteurs commercial et productif et leurs liens avec les objectifs du Millénaire pour le développement sont dûment pris en compte dans l'initiative "Unis dans l'action" et dans le processus de cohérence à l'échelle des Nations Unies. Il vise à sensibiliser les pays, notamment ceux en développement, aux possibilités de développement que recèlent les politiques et activités commerciales et à celles qu'offre le commerce international.

11. Le Secrétariat a participé à la réunion interorganisations des Nations Unies sur le financement du développement sans exclusive, accueillie par le PNUD et le représentant spécial du Secrétaire général chargé de cette question (New York, 22 mars 2011). Cette réunion visait à créer une communauté de vues sur l'importance de l'ouverture financière en tant qu'élément central des efforts déployés à l'échelle du système des Nations Unies et à susciter un consensus sur un programme commun qui aiderait les divers organismes du système à s'acquitter de leur mandat plus efficacement et plus rapidement, et à tirer le meilleur parti des ressources et du savoir-faire des Nations Unies.

2. Passation de marchés

12. À la demande du Groupe de travail I, les banques multilatérales et autres organisations gouvernementales internationales parties aux négociations relatives à la passation de marchés publics ont participé à des consultations d'experts afin de mieux comprendre et utiliser la Loi type, notamment comme outil de renforcement des capacités.

3. Règlement des litiges

13. Le Secrétariat a mené les activités suivantes:

a) Contribution à l'initiative du Groupe de la Banque mondiale sur les investissements transfrontières, notamment en ce qui concerne l'arbitrage. L'initiative compare les réglementations relatives aux investissements directs étrangers à l'échelle mondiale et présente, en ce qui concerne les lois, les réglementations et les pratiques économiques, les indicateurs quantitatifs qui influent sur la manière dont les entreprises étrangères investissent dans les différents secteurs, créent des entreprises, accèdent à des sites industriels et arbitrent les litiges commerciaux (depuis 2010)[10];

b) Participation à la table ronde organisée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur les accords internationaux d'investissement et le règlement des litiges entre investisseurs et États (dialogue d'experts) afin de présenter les instruments que la CNUDCI propose actuellement dans le domaine de l'arbitrage et les travaux que mène actuellement le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (21 mars 2011); et

c) Participation à un sous-comité de l'Association internationale du barreau consacré à la médiation avec les États, qui a principalement pour objet d'examiner

---

[10] Des informations sur cette initiative sont disponibles à l'adresse: http://iab.worldbank.org.

le recours à la médiation dans les arbitrages entre investisseurs et États (depuis février 2011)[11].

14. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel que révisé en 2010, a été adopté par les centres d'arbitrage suivants:

a) Le Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA) (15 août 2010), créé avec le Gouvernement malaisien sous les auspices de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), organisation intergouvernementale regroupant 47 gouvernements d'Asie et d'Afrique[12]; et

b) Le Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) (1er mars 2011), créé par l'AALCO avec le Gouvernement égyptien[13].

4. Commerce électronique

15. Le Secrétariat a mené les activités suivantes:

a) Formulation de commentaires sur le projet de recommandation 37 du Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU) relative à la certification des preuves numériques; et

b) Participation aux consultations menées en vue de la création d'un guichet unique international dans le cadre de la collaboration avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et le CEFACT-ONU. À cette occasion, une collaboration a également été mise en place avec le Groupe consultatif sur le cadre juridique des guichets uniques nationaux et régionaux du Réseau des Nations Unies pour le commerce électronique en Asie et dans le Pacifique (UNNExT).

5. Sûretés

16. La coordination avec les organisations concernées a été poursuivie pour s'assurer que les États reçoivent des orientations complètes et cohérentes dans le domaine du droit des opérations garanties.

17. En particulier, le Secrétariat a mené les activités suivantes:

a) Participation à une réunion du Groupe consultatif de la Société financière internationale (SFI) sur les opérations garanties (Washington, 21 et 22 octobre 2010) accueillie par le Service-conseil de la SFI sur le climat de l'investissement. L'objet de cette réunion était d'échanger des informations sur divers projets de réforme du droit des opérations garanties (notamment la création de registres) menés dans le monde entier et de recueillir les commentaires des membres du Groupe consultatif. Le débat a montré que le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et le Supplément consacré aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, ainsi que les travaux menés actuellement sur les registres de sûretés suscitaient un vif intérêt auprès des acteurs concernés. On y a également souligné le rôle important que joue le financement par cession de

---

[11] Des informations sur cette initiative sont disponibles à l'adresse: http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Mediation/State_Mediation/Default.aspx.

[12] Des informations sur le Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA) sont disponibles à l'adresse: http://www.klrca.org.my.

[13] Des informations sur le Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) sont disponibles à l'adresse: http://www.crcica.org.eg.

créances en temps de crise financière et l'utilité de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international; et

b) Participation à une réunion de l'European Max-Planck-Group for Conflict of laws in Intellectual Property (CLIP)[14] (Hambourg (Allemagne), 4 juin 2010), qui avait pour but d'échanger des informations sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, question que le Groupe de travail VI n'avait pas résolue avant la quarante-troisième session de la Commission[15].

18. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission a estimé que l'octroi de licences de propriété intellectuelle était un sujet situé à l'intersection du droit de la propriété intellectuelle et du droit commercial[16]. Il a été convenu que ce sujet relevait du mandat de la Commission[17]. Le Secrétariat a donc été prié de réaliser une étude pour recenser les questions particulières et examiner s'il était souhaitable et faisable que la Commission élabore un texte juridique sur l'élimination des obstacles juridiques à l'octroi de licences de propriété intellectuelle[18]. À cet égard, le Secrétariat a été prié de consulter les organisations internationales pertinentes, y compris l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), et des experts du secteur public et du secteur privé ayant une solide expérience de ce domaine[19].

19. La septième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP-VII), convoquée par l'Organisation des États américains (OEA)[20] (Washington, 7-9 octobre 2009), a approuvé le règlement type concernant le registre créé en vertu de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières[21]. Étant donné que les travaux que le Groupe de travail VI mène actuellement sur l'élaboration d'un texte relatif à l'inscription des sûretés réelles mobilières sont hautement pertinents, le secrétariat de la CNUDCI suit de près, en coopération avec le secrétariat de l'OEA, l'application du règlement type de l'OEA concernant le registre, en particulier en Amérique latine.

---

[14] Créé en 2004, l'European Max-Planck-Group for Conflict of laws in Intellectual Property (CLIP) est un groupe d'universitaires spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle et du droit international privé qui se réunit régulièrement pour examiner des questions intéressant la propriété intellectuelle, le droit international privé et la compétence des tribunaux. Son objectif est d'élaborer un ensemble de principes sur le conflit de lois en matière de propriété intellectuelle et de formuler des avis indépendants à l'intention des responsables européens et nationaux. Des informations sont disponibles à l'adresse: http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/mikroseiten/cl_ip_eu/.

[15] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 210 à 223.

[16] Ibid., par. 269 à 273.

[17] Ibid., par. 269 et 270.

[18] Ibid., par. 273.

[19] Ibid.

[20] http://www.oas.org.

[21] Voir http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_secured_transactions.htm. Le règlement type est disponible (en anglais uniquement) à l'adresse: http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_doc_3-09_rev3_model_regulations.pdf.

6. Insolvabilité

20. Le Secrétariat encourage l'utilisation et l'adoption des textes sur l'insolvabilité, en particulier de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, en participant à différentes manifestations internationales. Il a notamment mené les activités suivantes:

a) Participation, en qualité d'observateur, à la deuxième réunion du Groupe d'experts de la Commission européenne sur la gestion des crises transfrontières dans le secteur bancaire (Bruxelles, 15 octobre 2010). Cette réunion a examiné l'élaboration d'une directive relative à la gestion des crises et l'harmonisation possible des règles juridiques de fond applicables en matière d'insolvabilité. Elle a également examiné les contours possibles que pourrait revêtir cette directive, ainsi que des questions ciblées telles que le transfert d'actifs entre entités d'un groupe en situation de crise et l'amortissement des dettes. La participation du Secrétariat visait à mieux faire connaître la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et les faits nouveaux survenus, notamment le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, et à assurer la coordination entre les travaux menés par la CNUDCI sur les groupes d'entreprises et ceux menés par l'Union européenne;

b) Participation à une réunion de l'équipe spéciale de la Banque mondiale sur l'insolvabilité et les relations entre débiteurs et créanciers (Washington, 10 et 11 janvier 2011) chargée d'examiner la mise à jour de la norme sur l'insolvabilité et les droits des créanciers (norme ICR) en tenant compte de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et d'autres questions liées à l'insolvabilité, afin de faire en sorte que les régimes d'insolvabilité aident mieux à répondre aux problèmes juridiques et politiques. La norme ICR a été élaborée dans le cadre de l'Initiative du Conseil de stabilité financière sur les normes et les codes et utilisée par la Banque mondiale dans les Rapports sur l'observation des normes et des codes. Élaborée en coordination avec le secrétariat de la CNUDCI, cette norme tient compte a) des recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et b) des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers; et

c) Organisation, en coopération avec INSOL International et la Banque mondiale, d'un colloque judiciaire multinational sur le droit de l'insolvabilité (Singapour, 12 et 13 mars 2011). Ce colloque, dont le but était d'aider les juges, les organismes de réglementation et le personnel judiciaire à comprendre les faits nouveaux survenus dans le traitement des cas d'insolvabilité internationale et de mieux connaître les cadres internationaux de coordination et de coopération en matière judiciaire, était le neuvième d'une série organisée initialement en coopération avec INSOL International et, depuis 2007, avec la Banque mondiale également. À ce titre, il constitue un élément important des efforts de coordination que déploient la CNUDCI et les organisations internationales qui s'intéressent à l'évaluation et la réforme du droit de l'insolvabilité, notamment INSOL International, la Banque mondiale et le FMI. Outre le colloque, ces activités comprennent la tenue de forums régionaux sur la réforme et l'examen du droit de l'insolvabilité en Asie, au Moyen-Orient, en Afrique du Nord et, plus récemment, en Afrique. Le dixième colloque devrait avoir lieu en 2013.

Troisième partie

ANNEXES

I. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

Compte rendu analytique de la 925e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le lundi 27 juin 2011, à 10 heures

[A/CN.9/SR.925]

Président provisoire: M. Sorieul (Secrétaire de la Commission)

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 10 h 30.

Ouverture de la session

1. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) déclare ouverte la quarante-quatrième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Élection du Bureau

2. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que c'est au tour du Groupe des États d'Afrique de proposer un candidat au poste de président.

3. **M. Yatani** (Kenya), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Afrique, dit que le Groupe souhaite proposer la candidature de M. Moollan (Maurice).

4. *M. Moollan (Maurice) est élu Président par acclamation.*

5. **M. Mungur** (Maurice) dit que l'élection à la présidence de M. Moollan est un grand honneur pour son pays et reflète la confiance que la Commission accorde à ce dernier. Il remercie les États africains membres de la Commission d'avoir soutenu la candidature de M. Moollan.

6. **M. Moollan** est dans l'incapacité de participer à la première semaine de la session en raison d'engagements déjà pris, mais la Commission peut être assurée qu'il exercera ses fonctions avec diligence durant la seconde semaine.

7. **M. Fruhmann** (Autriche), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, propose que M. Wiwen-Nilsson (Suède) soit élu, à titre personnel, Vice-Président de la Commission.

8. *M. Wiwen-Nilsson (Suède) est élu, à titre personnel, Vice-Président de la Commission par acclamation.*

9. *En l'absence de M. Moollan, M. Wiwen-Nilsson prend la présidence par intérim.*

10. **Le Président**, après avoir remercié la Commission de sa confiance, propose que cette dernière procède à l'élection des autres membres du Bureau plus tard dans la semaine.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.9/711)

11. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) propose d'insérer, après le point 11 de l'ordre du jour, un point sur l'examen par la Commission de la proposition de la version révisée des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande formulée par la Chambre de commerce internationale (CCI). La demande d'examen de la CCI a été communiquée aux États membres par note verbale.

12. *La proposition visant à insérer un point supplémentaire intitulé "Textes d'autres organisations avalisés par la Commission: révision 2010 des Règles*

uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale", est acceptée.

13. *L'ordre du jour, tel qu'il a été modifié, est adopté*.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/729 et Add.1 à 8; A/CN.9/730 et Add.1 et 2; A/CN.9/731 et Add.1 à 9; A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9; A/CN.9/713 et A/CN.9/718)

14. **Le Président** invite la Commission à examiner le projet de texte révisé de la Loi type (A/CN.9/729/Add.1 à 8), ainsi que les modifications proposées, afin qu'un texte final soit adopté.

15. Afin d'éviter l'examen de questions rédactionnelles pendant les séances de la Commission, le Président propose qu'un groupe de rédaction soit constitué et que la Commission se concentre sur les questions de fond.

16. **M. D'Allaire** (Canada), accueillant avec satisfaction cette proposition, demande si les délégations pourront soulever des questions de rédaction au cours des séances de la Commission ou seulement lors des réunions du groupe de rédaction.

17. **Le Président** dit qu'il appartient à la Commission de déterminer, parmi les questions soulevées au cours de ses séances, celles qui relèvent du fond et celles qui relèvent de la forme.

18. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat, y compris les traducteurs, sont prêts à assister le groupe de rédaction.

19. **Le Président** dit que M. Fruhmann (Autriche) s'est porté volontaire pour présider le groupe de rédaction et en établir le rapport.

20. Il propose que la Commission commence à examiner le projet de texte révisé de la Loi type.

21. **M. Fruhmann** (Autriche) propose de remplacer, à l'alinéa d) du préambule, le membre de phrase "juste et équitable" par "juste et égal". Sa délégation considère que le terme "équitable" est un synonyme de "juste", alors que l'"égalité de traitement" est un concept bien connu, à tout le moins en Europe.

22. M. Fruhmann suggère que la proposition soit examinée par le groupe de rédaction.

23. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne s'agit pas uniquement d'une question rédactionnelle.

24. Le processus de passation des marchés publics conduit par essence à un traitement inégal des enchérisseurs puisqu'au final un seul enchérisseur est sélectionné. Les enchérisseurs traités de façon inégale ont pourtant souvent l'impression d'avoir été traités équitablement.

25. Si le terme "équitable" est remplacé par le terme "égal", des contestations pourraient être émises par des enchérisseurs prétendant avoir fait l'objet d'un traitement inégal.

26. **M. Grand d'Esnon** (France), appuyant la proposition du représentant de l'Autriche, dit que l'emploi du terme "égal" empêcherait des cas de favoritisme fondés sur le mésusage du terme "équitable", qui donne lieu à différentes interprétations.

27. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) propose qu'en cas de remplacement du terme "équitable" par le terme "égal", le Guide pour l'incorporation comporte une note indiquant que le principe d'égalité ne s'applique que dans les cas où les enchérisseurs se trouvent dans la même situation et que sinon, ils peuvent faire l'objet d'un traitement différent.

28. **Le Président** demande si la Commission souhaite accepter la proposition visant à remplacer le terme "équitable" par le terme "égal", et à ajouter une note dans le Guide pour l'incorporation comme proposé par le représentant des États-Unis d'Amérique.

29. **M. D'Allaire** (Canada), favorable au maintien du terme "équitable", dit que la question débattue a été soulevée dans le Groupe de travail I qui s'est déclaré en faveur du maintien du terme "équitable" puisque ce terme était utilisé dans la Loi type de 1994.

30. **M. Phua** (Singapour) suggère la formulation "traitement juste, équitable et égal".

31. **M. Grand d'Esnon** (France) et **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) disent que la formulation proposée constitue un compromis acceptable.

32. **Le Président** propose que la formulation "traitement juste, équitable et égal" soit acceptée, avec ajout d'une explication de ces adjectifs dans le Guide pour l'incorporation.

33. *Il en est ainsi décidé*.

34. **M. Piedra** (observateur de l'Équateur), se référant à l'alinéa b) du préambule, dit que son pays, qui s'efforce de promouvoir le développement national en soutenant ses entreprises, ne pourra pas favoriser et encourager la "participation aux procédures de passation des marchés des fournisseurs et entrepreneurs sans distinction de nationalité".

35. **Le Président** dit que le projet de texte révisé de la Loi type contient des dispositions tenant compte des intérêts nationaux et des conditions socioéconomiques des pays.

36. **M. Fruhmann** (Autriche), déclarant qu'un fournisseur ou entrepreneur qui a présenté des informations comportant des erreurs ou des omissions substantielles doit être disqualifié car il n'est pas digne de confiance, propose qu'à l'article 9-8 b) les mots "peut disqualifier" soient remplacés par "disqualifie".

37. Se référant à l'article 10-4, M. Fruhmann propose de compléter le membre de phrase "d'origine ni de producteur déterminé" de sorte qu'il se lise comme suit: "d'origine, de producteur ou de méthode de fabrication déterminés", car en exigeant l'utilisation d'une méthode de fabrication particulière, l'entité adjudicatrice peut faire une discrimination entre des fournisseurs.

38. Se référant à l'article 11-3, le représentant de l'Autriche propose de remplacer "et exprimés en termes pécuniaires" par "et/ou exprimés en termes pécuniaires", au motif que l'emploi du seul mot "et" a pour effet d'imposer l'expression en termes pécuniaires de l'ensemble des critères d'évaluation. Dans certains cas, il pourrait être impossible d'exprimer en termes pécuniaires des critères d'évaluation autres que le prix.

39. **M. Grand d'Esnon** (France) se dit favorable aux propositions faites par le représentant de l'Autriche concernant les articles 10-4 et 11-3.

40. S'agissant de l'article 9-8 b), le mot "peut" devrait être conservé afin de prévoir le cas où la présentation d'informations comportant des erreurs ou des omissions substantielles découle d'une erreur involontaire, ce qui arrive souvent. Il convient de laisser à l'entité adjudicatrice le soin de décider si la présentation de telles informations était délibérée ou non. Une disqualification automatique n'est pas souhaitable.

41. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), approuvant les commentaires du représentant de la France sur l'article 9-8 b), dit que si une entité adjudicatrice est tenue de disqualifier automatiquement les enchérisseurs ayant présenté des informations comportant des erreurs ou des omissions substantielles, elle risque d'être confrontée à un grand nombre de contestations.

42. La délégation des États-Unis est opposée à la proposition visant à remplacer le membre de phrase "d'origine ni de producteur déterminé" à l'article 10-4 par "d'origine, de producteur ou de méthode de fabrication déterminés", puisqu'il est d'usage aux États-Unis qu'une entité adjudicatrice exige l'utilisation d'une méthode de fabrication particulière – par exemple afin de garantir la qualité de l'article faisant l'objet du marché. Bien sûr, dans de tels cas, l'entité adjudicatrice est tenue d'expliquer pourquoi elle impose le recours à une telle méthode.

43. Concernant l'article 11-3, M. Yukins approuve la proposition visant à remplacer le mot "et" par "et/ou".

44. **Le Président** se demande si la préoccupation de la délégation américaine au sujet de la proposition de modification de l'article 10-4 ne trouve pas de réponse dans la formulation du reste de ce paragraphe – "à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les caractéristiques de l'objet du marché et à la condition d'y adjoindre une formule telle que 'ou l'équivalent'."

45. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que le problème vient des mots "ou l'équivalent". L'entité adjudicatrice pourrait ne pas être en mesure de déterminer si la méthode de fabrication à laquelle l'entrepreneur propose de recourir est effectivement équivalente à celle qu'elle souhaite voir appliquée. Ce problème pourrait être particulièrement grave dans le cas de certains entrepreneurs bon marché.

46. **M. D'Allaire** (Canada), se référant à l'article 2 (Définitions), fait observer que dans les versions française et espagnole du document A/CN.9/729/Add.1

les définitions figurent dans l'ordre alphabétique anglais. Il demande si elles seront données dans l'ordre alphabétique français et dans l'ordre alphabétique espagnol dans les versions finales respectives de la Loi type révisée.

47. Concernant l'article 9-8 b), M. D'Allaire partage la préoccupation des représentants de la France et des États-Unis d'Amérique quant à la proposition de remplacement des mots "peut disqualifier" par "disqualifie".

48. Au sujet de l'article 10-4, M. D'Allaire demande au représentant de l'Autriche de développer ses explications afin de justifier sa proposition de modification.

49. Concernant l'article 11-3, M. D'Allaire est d'avis de conserver le mot "et", qu'il juge préférable à la formule "et/ou", notamment en raison de la présence dans ce paragraphe du membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable".

50. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que dans les versions finales de la Loi type révisée, les définitions de l'article 2 seront données dans l'ordre alphabétique approprié, à savoir français dans la version finale française, espagnol dans la version finale espagnole, etc.

51. **M. Fruhmann** (Autriche), en réponse aux commentaires concernant l'article 10-4, dit qu'il y a des cas où une entité adjudicatrice peut légitimement exiger le recours à une méthode de fabrication particulière. Toutefois, le fait de remplacer "d'origine ni de producteur déterminé" par "d'origine, de producteur ou de méthode de fabrication déterminés" n'empêchera pas l'entité adjudicatrice d'exiger le recours à une méthode de fabrication particulière dans de tels cas. De toute façon, le recours à une méthode de fabrication particulière ne devrait être exigé que dans des circonstances très particulières.

52. Tout en convenant que l'expression "ou l'équivalent" pourrait causer des difficultés, M. Fruhmann juge peu probable que de telles difficultés surviennent fréquemment.

53. **Mme González Lozano** (Mexique) dit qu'à l'article 8-4 l'expression "reasons and circumstances" du texte anglais a été traduite littéralement en espagnol, par "razones y circunstancias", alors que l'expression en espagnol qui serait normalement utilisée dans les systèmes de droit civil est "motivos y fundamentos" ("raisons et arguments juridiques"), dont la signification est plus complexe. L'expression "reasons and circumstances" peut ne renvoyer qu'à une justification factuelle de la décision de l'entité adjudicatrice, alors que "motivos y fundamentos" fait aussi référence à la justification juridique. Si une entité adjudicatrice ne mentionne pas explicitement le fondement juridique de sa décision, il est probable que des problèmes de légalité surviennent. La délégation mexicaine souhaiterait que le Secrétariat précise si l'intention dans le texte anglais est d'exiger de l'entité adjudicatrice uniquement des justifications factuelles de sa décision. Si tel est le cas, la question soulevée ne concerne que la traduction. En revanche, si les justifications visées sont aussi bien juridiques que factuelles, la question porte sur le fond et la distinction doit être clairement faite dans la version espagnole du texte.

54. À l'article 9-8 b), les mots "was materially inaccurate or materially incomplete" ont été traduits en espagnol par "adolece de inexactitudes u omisiones graves" ("comportent des erreurs ou omissions graves"), ce qui soulève la question de savoir si, dans l'hypothèse où l'expression "peut disqualifier" était remplacée par "disqualifie", comme il a été proposé, la disqualification serait automatique uniquement lorsque les erreurs ou les omissions en question sont graves. La délégation mexicaine souhaiterait avoir des éclaircissements également sur ce point.

55. **Mme Nicholas** (Secrétariat) déclare, au sujet de l'article 8-4, que l'expression "motifs et circonstances" était employée dans la version de 1994 de la Loi type et que le Groupe de travail I en a tenu compte afin de résoudre le problème soulevé par la délégation mexicaine.

56. Puisque la Loi type de 1994 indiquait que l'entité adjudicatrice n'était pas tenue de faire état des motifs de sa décision mais seulement de fournir un exposé des faits, le Groupe de travail I était convenu de remplacer le terme "motifs" par "raisons".

57. **Le Président** suggère, au sujet de l'article 11-3, de remplacer le mot "et" par le mot "ou" plutôt que par "et/ou", puisque les critères d'évaluation autres que le prix peuvent être quantifiables sans être exprimés en termes pécuniaires.

58. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) propose, concernant l'article 10-4, d'insérer dans le Guide pour l'incorporation, une phrase expliquant que, dans certains cas, l'entité adjudicatrice peut avoir besoin de spécifier une méthode de fabrication. Cette note pourrait être libellée comme suit: "En ce qui concerne les méthodes de fabrication particulières, compte dûment tenu du paragraphe 5, qui appelle à l'utilisation d'exigences techniques normalisées, il peut dans certains cas ne pas y avoir de méthode de production équivalente, et la sollicitation peut le mentionner". Si cette phrase était insérée, les États-Unis pourraient accepter la proposition du représentant de l'Autriche.

59. **Le Président** demande à la délégation mexicaine si elle accepterait la proposition visant à remplacer les mots "peut disqualifier" à l'article 9-8 b) par "disqualifie", si la traduction espagnole de l'expression "materially inaccurate or materially incomplete" était modifiée de sorte qu'elle ne comporte plus le mot "graves".

60. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que le membre de phrase "adolece de inexactitudes u omisiones graves" correspond à une disposition plus stricte que la formule "was materially inaccurate or materially incomplete" – il correspond à une disposition qui doit exprimer une obligation plutôt qu'une possibilité. Le mot "peut" devrait être utilisé seulement si les erreurs ou omissions en question ne sont pas graves.

61. **Mme Nicholas** (Secrétariat) suggère que le Secrétariat et la représentante du Mexique examinent ensemble les versions anglaise et espagnole de l'article 9-8 b) afin de trouver une traduction espagnole satisfaisante de "materially inaccurate or materially incomplete".

62. **M. Fruhmann** (Autriche) dit qu'à la lumière des commentaires des représentants de la France, du Canada et des États-Unis d'Amérique, il souhaite retirer sa proposition de remplacer "peut disqualifier" par "disqualifie" à l'article 9-8 b).

63. S'agissant de l'article 10-4, M. Fruhmann se dit prêt à accepter la proposition du représentant des États-Unis d'Amérique.

64. S'agissant de l'article 11-3, M. Fruhmann pensait que le membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable" renvoyait seulement aux mots "objectifs, quantifiables". Il souhaite avoir l'opinion du Secrétariat sur le point de savoir s'il renvoie aussi aux mots "et exprimés en termes pécuniaires", auquel cas le problème est résolu.

65. **Le Président** rappelle sa proposition de remplacer le mot "et" par le mot "ou" à l'article 11-3.

66. **M. Jezewski** (Pologne) préférerait que les mots "peut disqualifier" à l'article 9-8 b) soient remplacés par "disqualifie". De son point de vue, un fournisseur ou entrepreneur présentant "des informations comportant des erreurs ou omissions substantielles" sur ses qualifications devrait être disqualifié. Il ne pense pas que cette modification limite de façon excessive la flexibilité dont dispose l'entité adjudicatrice.

67. **M. D'Allaire** (Canada) partage la préoccupation de la représentante du Mexique concernant les mots "raisons et circonstances" à l'article 8-4, mais dit qu'ils correspondent à l'objectif recherché. En outre, puisque le Groupe de travail s'est accordé sur ces mots, ils devraient être maintenus.

68. En ce qui concerne le terme "materially" à l'article 9-8 b), sa traduction en français et probablement dans d'autres langues pose souvent des problèmes. La délégation canadienne, forte de l'expérience du Canada, est prête à en discuter dans le groupe de rédaction.

69. S'agissant de l'article 10-4, l'insertion d'une référence aux "méthodes de fabrication" n'est pas souhaitable sauf s'il est possible de donner un exemple de méthode qui a été brevetée ou inscrite dans un registre.

70. **M. Phua** (Singapour) dit que l'article 10-4 semble s'inspirer largement de l'article VI.3 de l'Accord de l'OMC de 1994 sur les marchés publics, qui ne fait pas mention de "méthodes de fabrication". Il ne souhaite pas que ces dernières soient mentionnées dans le texte examiné.

71. **Le Président** suggère que les "méthodes de fabrication" soient mentionnées dans le Guide pour l'incorporation mais avec un renvoi à l'article 10-2 et non à l'article 10-4.

72. **Mme Morillas Jarillo** (Espagne) dit, au sujet de l'article 11-3, que pour les enchères électroniques

inversées, tous les critères d'évaluation autres que le prix doivent toujours être objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires. Le membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable" devrait par conséquent être remplacé par "dans tous les cas".

73. **Le Président** dit que l'article 11-3 fait référence à des méthodes de passation de marché autres que les enchères électroniques inversées, qui sont traitées dans d'autres textes de la CNUDCI.

74. **M. Xiao** (Chine) est favorable au maintien du mot "peut" à l'article 9-8 b).

75. En Chine, la passation de marchés est divisée en deux étapes – l'étape des enchères et celle de la sélection. Tant que cette dernière n'a pas commencé, les enchérisseurs ont le droit de corriger ou de compléter les informations qu'ils ont présentées, mais une fois qu'elle a débuté, cela ne leur est plus permis.

76. S'agissant de l'article 10-4, la délégation chinoise est opposée à l'insertion d'une référence aux "méthodes de fabrication". Les pays ayant des niveaux de développement différents utilisent souvent des méthodes de fabrication différentes, et l'insertion d'une référence à des "méthodes de fabrication" pourrait ouvrir la porte à des discriminations à l'égard d'enchérisseurs de certains pays.

77. **Le Président** rappelle sa suggestion de mentionner les "méthodes de fabrication" dans le Guide pour l'incorporation avec un renvoi à l'article 10-2.

78. Les autres questions restées en suspens à l'issue de la séance sont: comment faut-il traduire en espagnol et peut-être dans d'autres langues le membre de phrase "materially inaccurate or materially incomplete" à l'article 9-8 b)? À quoi se rapporte le membre de phrase "dans la mesure où cela est faisable" à l'article 11-3? Et, le membre de phrase "raisons et circonstances" de l'article 8-4 est-il adéquat?

La séance est levée à 12 h 30.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 926e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le lundi 27 juin 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.926]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 14 h 20.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **Le Président** invite **M. Fruhmann** (Autriche) à exposer l'état d'avancement des travaux du groupe de rédaction.

2. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le groupe de rédaction est convenu que l'expression "passation de marchés" devrait être comprise dans l'ensemble de la Loi type comme signifiant "passation de marchés publics".

3. Le groupe de rédaction est convenu que les termes "préqualification" et "présélection" devraient être définis à l'article 2, la "préqualification" étant définie comme "la procédure énoncée à l'article 17, qui vise à identifier, avant la sollicitation, les fournisseurs et entrepreneurs qui sont qualifiés" et la "présélection" comme "la procédure énoncée à l'article 48-3, qui vise à identifier, avant la sollicitation, un nombre limité de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui répondent le mieux aux critères de qualification de la passation concernée".

4. Le groupe de rédaction est convenu que la définition du terme "sollicitation" à l'alinéa o) de l'article 2 devrait être modifiée pour désigner une "invitation à soumettre des offres, à présenter des soumissions ou à participer à une procédure de demande de propositions ou à une enchère électronique inversée". La définition n'inclura pas les invitations à une procédure de préqualification ou de présélection, puisque celle-ci précède la procédure de sollicitation.

5. S'agissant de l'alinéa e) de l'article 2, le groupe de rédaction est convenu que les mots "une passation de marché qui se déroule" devraient être remplacés par "une procédure qui se déroule", dans un souci de cohérence avec l'usage du terme "procédure" au sous-alinéa iv) de cet alinéa e).

6. À propos de l'article 5, le groupe de rédaction est convenu que les mots "Sous réserve du paragraphe 2 du présent article, le texte de" devraient être supprimés du paragraphe 1 et que le Guide pour l'incorporation expliquera que le paragraphe 2 renvoie à la jurisprudence tandis que le paragraphe 1 renvoie aux textes juridiques d'application générale, qui n'englobent pas, par exemple, les mémorandums internes.

7. Le groupe de rédaction est convenu que le mot "public" devrait être remplacé par l'expression "toute personne" dans tout le texte.

8. **Mme Nicholas** (Secrétariat), rappelant le point soulevé par la représentante du Mexique lors de la précédente séance à propos des mots "raisons et circonstances" employés au paragraphe 4 de l'article 8 et sa réponse[1], dit que si la tradition juridique d'un État adoptant exige que le procès-verbal de la procédure de passation de marché expose les "motifs et circonstances", cet État pourra utiliser, dans la disposition inspirée de ce paragraphe 4, les mots "motifs et circonstances" au lieu de "raisons et circonstances".

9. Rappelant le point soulevé par la représentante du Mexique au sujet de l'alinéa b) du paragraphe 8 de

[1] Voir document A/CN.9/SR.925, paragraphes 53, 55 et 56.

l'article 9[2], Mme Nicholas dit que, dans les expressions anglaises "materially inaccurate" et "materially incomplete", le terme "materially" est difficile à traduire vers d'autres langues, tout particulièrement parce qu'il est compris de diverses manières d'un pays à l'autre. Apparemment, personne ne songe à modifier la formulation du paragraphe 8 de l'article 9, dont l'alinéa a) prévoit la disqualification automatique en cas d'informations fausses et dont l'alinéa b) laisse en revanche une certaine marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice dans les cas moins graves. Le Guide pour l'incorporation devrait expliquer l'objectif visé par ce paragraphe 8 et le concept de "substantialité".

10. **Mme Andres** (Canada), faisant observer que l'alinéa f) du paragraphe 2 de l'article 9 parle de "déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications" alors que l'alinéa a) du paragraphe 8 parle d'informations "fausses" à propos des qualifications, propose que l'alinéa a) du paragraphe 8 soit ainsi libellé: "les informations ... présentées … sont fausses ou fallacieuses".

11. Elle demande quelle est la différence entre les "déclarations fausses" et les "déclarations fallacieuses" à l'alinéa f) du paragraphe 2.

12. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, selon le Secrétariat, l'expression "déclaration fallacieuse" est toujours comprise comme impliquant une intention d'induire en erreur.

13. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) s'interroge sur la manière dont seront traités les commentaires reçus de l'Ukraine et contenus dans le document A/CN.9/730.

14. **Le Président** dit qu'il revient à l'Ukraine de présenter verbalement ces commentaires à la Commission. En l'absence de délégation ukrainienne, ils ne seront pas examinés, à moins d'être présentés verbalement par une autre délégation.

15. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant au paragraphe 5 de l'article 14, demande comment les fournisseurs ou les entrepreneurs inconnus de l'entité adjudicatrice pourront accéder aux informations concernant les reports de dates limites.

16. **Mme Nicholas** (Secrétariat) explique qu'un report de date limite constitue une modification substantielle des informations initialement publiées par l'entité adjudicatrice et oblige donc à la publication d'un avis général, conformément au paragraphe 3 de l'article 15. Le lien entre les paragraphes 5 de l'article 14 et 3 de l'article 15 pourrait être expliqué dans le Guide pour l'incorporation.

17. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'article 16, propose la suppression du sous-alinéa ii) de l'alinéa c) du paragraphe 1, car l'alinéa b) de ce même paragraphe traite déjà la question de l'émission d'une garantie de soumission en cas de passation d'un marché national.

18. Il estime que le sous-alinéa i) de l'alinéa f) du paragraphe 1 devrait être ainsi libellé: "Le retrait ou la modification de la soumission après la date limite de présentation des soumissions, ou le retrait ou la modification de la soumission avant la date limite si cela est prévu dans le dossier de sollicitation".

19. **Le Président** dit que la proposition du représentant de l'Autriche à propos du sous-alinéa ii) de l'alinéa c) du paragraphe 1 pourrait être traitée comme une question de rédaction.

20. S'agissant du commentaire de M. Fruhmann concernant le sous-alinéa i) de l'alinéa f) du paragraphe 1, l'alinéa d) du paragraphe 2 laisse présumer qu'une soumission peut être retirée ou modifiée avant la date limite, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles après celle-ci. Ce point également pourrait être traité comme une question de rédaction.

21. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), se reportant à la première phrase du paragraphe 2 de l'article 17, rappelle que sa délégation a recommandé, dans le document A/CN.9/730, qu'elle soit modifiée comme suit: "Si l'entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification dans la publication identifiée dans la réglementation en matière de passation des marchés".

22. **M. Fruhmann** (Autriche), qui soutient la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique, remet en question, dans l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 17, l'emploi du terme "calendrier"; au moment où une invitation à participer

---

[2] Voir document A/CN.9/SR.925, paragraphes 54 et 59 à 61.

à la préqualification est envoyée, il n'y a généralement pas de calendrier pour la fourniture des services. On pourrait peut-être dire "le calendrier envisagé" ou "le calendrier indicatif".

23. **Le Président** propose le mot "durée". La question devrait éventuellement être renvoyée au groupe de rédaction.

24. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 20, dit que, tout en n'adhérant pas au concept de "seuil minimum" pour les avantages financiers, il souhaiterait que le Guide pour l'incorporation explique clairement que l'exclusion ne saurait être déclenchée par toute offre d'avantage financier, quelle qu'elle soit, car une mauvaise interprétation de cet alinéa a) pourrait avoir des conséquences inattendues.

25. Il souhaiterait aussi que le Guide pour l'incorporation clarifie le sens des mots "avantage concurrentiel injuste" apparaissant à l'alinéa b) du paragraphe 1.

26. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est opposée à l'idée d'un "seuil minimum" car même un très petit avantage financier peut, dans certains cas, constituer une incitation significative.

27. À propos du sens de l'expression "avantage concurrentiel injuste", le projet de guide donne déjà des exemples de ce qui peut constituer un tel avantage et souligne opportunément que les États adoptants devraient eux-mêmes examiner la question compte tenu de leur situation.

28. Il importe que les spécialistes de la passation de marchés examinent les questions de concurrence non seulement dans le contexte d'une opération isolée de passation de marchés, mais également dans celui de l'ensemble des politiques internes relatives à la concurrence.

29. **M. Jezewski** (Pologne) s'oppose à l'idée d'un "seuil minimum" et dit que l'important est de déterminer s'il y a eu intention d'influencer la décision d'un agent public.

30. **M. Grand d'Esnon** (France) exprime son opposition à l'idée d'un "seuil minimum" pour les avantages financiers et dit que le Guide pour l'incorporation devrait peut-être souligner que les agents publics de certains États sont tenus de signer des codes de conduite lorsqu'ils participent à la passation de marchés publics.

31. **M. Phua** (Singapour) fait part de son opposition à l'idée d'un "seuil minimum" et dit que les agents publics de son pays ne peuvent accepter de cadeaux, même de faible valeur, sans avoir obtenu l'accord préalable de leur supérieur.

32. À propos des "avantages concurrentiels injustes", l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, daté de 1994, donne des exemples de mesures prises pour prévenir les avantages concurrentiels injustes dans les procédures de passation de marchés.

33. **Le Président** considère que la Commission ne souhaite pas modifier l'article 20.

34. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), rappelant la proposition de sa délégation, dans le document A/CN.9/730, d'insérer un article 20 *bis* traitant des éclaircissements sur les qualifications et les soumissions, demande s'il conviendrait d'inclure une disposition similaire dans la Loi type afin de régir la préqualification et d'inscrire au chapitre premier un article générique relatif aux éclaircissements sur les qualifications et les soumissions.

35. **Le Président** suggère que la question des éclaircissements sur les qualifications et les soumissions soit traitée dans les articles pertinents.

36. **M. D'Allaire** (Canada) exprime son soutien à cette suggestion et observe que le moment où une entité adjudicatrice demande des éclaircissements varie selon les méthodes de passation de marchés.

37. Se reportant à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 21, il propose d'en modifier le libellé comme suit: "Lorsque le prix du marché est inférieur au seuil spécifié dans les règlements en matière de passation de marchés". Ce libellé serait identique à celui de la fin du paragraphe 2 de l'article 28.

38. **Mme Andres** (Canada) propose d'ajouter les mots "à moins que la prorogation n'ait été accordée à l'entité adjudicatrice par les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont présenté une soumission et les entités qui ont fourni la garantie de soumission" à la fin de la dernière phrase du paragraphe 7 de l'article 21. Cet ajout éviterait de devoir rouvrir le processus de sollicitation.

39. **Le Président** dit que, s'il n'y a pas d'objection, il en déduit que la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique en faveur d'un article 20 *bis* est acceptable.

40. **M. Fruhmann** (Autriche) approuve la proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique concernant un article 20 *bis* et celle de la délégation canadienne concernant le paragraphe 7 de l'article 21.

41. **M. Grand d'Esnon** (France) exprime son soutien au libellé proposé par la délégation des États-Unis d'Amérique concernant un article complémentaire, tout en suggérant que celui-ci soit inséré avant l'article 19.

42. **Le Président** note, s'agissant de la proposition de la délégation canadienne d'un ajout au paragraphe 7 de l'article 21, que le paragraphe 2 de l'article 40 prévoie la prorogation de la période de validité des offres.

43. **Mme González Lozano** (Mexique), tout en exprimant son soutien à la proposition du représentant des États-Unis d'Amérique concernant un article 20 *bis*, demande si les éclaircissements communiqués par un fournisseur ou un entrepreneur seront jamais dévoilés aux autres fournisseurs ou entrepreneurs et, si oui, à quel stade.

44. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), notant que le libellé proposé s'appuie dans une large mesure sur le paragraphe 1 de l'article 42, dit que les éclaircissements communiqués par un fournisseur ou entrepreneur ne seront pas dévoilés aux autres fournisseurs ou entrepreneurs.

45. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que, s'il est demandé à un fournisseur ou à un entrepreneur de communiquer un éclaircissement, tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis une offre devraient, à un certain stade, être informés de la teneur de cet éclaircissement. Par exemple, si le fournisseur ou l'entrepreneur qui a communiqué l'éclaircissement remporte par la suite le marché et si d'autres fournisseurs ou entrepreneurs souhaitent contester la décision, ils devraient être en droit de savoir en quoi consistait cet éclaircissement.

La séance est suspendue à 15 h 45; elle est reprise à 16 h 10.

46. **Le Président**, rappelant que le représentant des États-Unis d'Amérique a dit que l'article 20 *bis* s'appuyait dans une large mesure sur le paragraphe 1 de l'article 42, demande au Secrétariat d'expliquer le lien entre les deux dispositions.

47. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit qu'à la lumière des consultations qui se sont déroulées pendant la suspension de séance, le Secrétariat croit comprendre que le paragraphe 1 de l'article 42 servirait de base aux articles 20 *bis*/18 *bis*, l'objectif étant d'assurer que les mêmes procédures s'appliquent à l'éclaircissement des offres et à l'éclaircissement des informations concernant les qualifications. On veillera à bien préciser que les procédures d'éclaircissements ne doivent pas masquer des négociations.

48. **Le Président** suppose que la Commission souhaite accepter les propositions de la délégation canadienne à propos du paragraphe 3 b) de l'article 21 et du paragraphe 7 de ce même article, étant entendu que les libellés pourront éventuellement être affinés.

49. **Mme Nicholas** (Secrétariat), se reportant à l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 21 et au document A/CN.9/731/Add.3, dit que le Groupe de travail I a admis qu'il serait difficile d'établir un délai d'attente minimum pour tous les types de marchés. L'alinéa c) a donc été rédigé de manière à permettre à l'État adoptant de déterminer le délai d'attente minimum dans chaque cas.

50. **Le Président** propose que l'alinéa prévoie que la durée du délai d'attente soit telle que fixée dans le dossier de sollicitation conformément aux prescriptions des règlements en matière de passation de marchés, qui pourraient spécifier des délais d'attente différents pour des situations différentes.

51. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), rappelant la proposition de la délégation canadienne concernant l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 21, propose que le paragraphe 2 de l'article 22 prévoie que le seuil minimum soit spécifié dans les règlements en matière de passation de marchés.

52. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à la seconde phrase du paragraphe 3 de l'article 23, dit que les entités adjudicatrices de certains pays de l'Union européenne exigent dans leurs dossiers de sollicitation que les fournisseurs ou les entrepreneurs donnent leur consentement à la divulgation de toute information

qu'ils fourniront aux entités adjudicatrices, l'acceptation de cette exigence étant une condition préalable à la participation aux procédures de passation. Sous sa forme actuelle, le paragraphe 3 de l'article 23 permettrait cette pratique, qui pourrait favoriser les manipulations.

53. **Le Président** propose de supprimer les mots "ou si le dossier de sollicitation l'autorise" au paragraphe 3 de l'article 23.

54. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que la suppression de ce membre de phrase ne suffira pas à couvrir toutes les tentatives de contourner l'esprit de la Loi type, mais manifeste néanmoins son soutien à la proposition.

55. **M. Grand d'Esnon** (France), tout en exprimant son soutien à la suppression des mots "ou si le dossier de sollicitation l'autorise", dit que, même sans ces mots, la divulgation serait possible à un stade ultérieur si "l'autre partie y consent". Il propose à cet égard que les mots "l'autre partie" soient remplacés par "les autres parties".

56. **Le Président** dit que la confidentialité devrait être d'une rigueur uniforme tout au long du processus de passation de marchés et propose que le Guide énonce sans équivoque que seules des circonstances exceptionnelles devraient justifier le recours à l'option du "consentement préalable".

57. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit qu'il importe de traiter en détail dans le Guide pour l'incorporation le risque que l'entité adjudicatrice se livre à des manipulations lors du traitement d'informations confidentielles.

58. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'article 24, dit qu'en cas d'abandon de la procédure de passation de marché, certaines des informations devant être obligatoirement inscrites au procès-verbal pourraient ne pas exister encore ou ne pas être disponibles.

59. Il propose d'insérer les mots "à moins que ces informations n'apparaissent pas dans la procédure de passation" au paragraphe 3, après "sur demande", en les accompagnant d'une explication dans le Guide pour l'incorporation.

60. **Mme Nicholas** (Secrétariat), répondant à un point soulevé par le représentant de l'Autriche, dit que selon l'interprétation du Secrétariat, le prix de la soumission qui l'a emporté sera généralement divulgué au public dans l'avis d'attribution du marché, mais non les prix des autres soumissions. Il est cependant nécessaire d'indiquer clairement si les prix devraient être divulgués aux fournisseurs ou aux entrepreneurs concurrents. Le Groupe de travail I a souligné le dilemme entre la nécessité d'éviter les collusions et celle d'être transparent, et le Secrétariat serait heureux de recevoir les orientations de la Commission en la matière.

61. S'agissant de la proposition du représentant de l'Autriche relative à un ajout au paragraphe 3 de l'article 24 dans le cas d'un abandon de la passation de marché, la soumission à retenir ne serait pas acceptée. Le Secrétariat devrait vérifier pourquoi il a été prévu que l'abandon d'une passation de marché devra mener à la divulgation d'informations qui ne sont plus pertinentes. Il faudrait peut-être supprimer les mots "ou de l'abandon de la passation de marché".

62. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), se reportant à l'alinéa s) du paragraphe 1 de l'article 24, dit que la plupart des fournisseurs ou entrepreneurs ne voient pas d'objection à la divulgation des prix des marchés, mais n'aiment pas divulguer les composantes de ces prix, car les concurrents pourraient alors être en mesure de déduire la structure de coûts sur laquelle se fonde l'offre retenue – en d'autres termes "le mode de détermination du prix".

63. **Le Président** propose que les mots "le mode de détermination du prix" soient supprimés de l'alinéa s) du paragraphe 1 de l'article 24.

64. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que les renvois à cet alinéa s) devront alors être supprimés au paragraphe 3, qui dès lors sera en harmonie avec le paragraphe 4.

65. Le procès-verbal tenu par l'entité adjudicatrice devrait néanmoins comprendre les informations visées à l'alinéa s) du paragraphe 1, mais ces informations ne seraient pas divulguées.

66. **Le Président** propose que la question soit renvoyée au groupe de rédaction.

La séance est levée à 17 heures.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 927e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mardi 28 juin 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.927]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 9 h 35.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **M. Fruhmann** (Autriche), poursuivant son rapport sur les discussions du groupe de rédaction, dit que ce dernier a proposé que la référence aux exigences relatives à la préqualification et à la présélection soit déplacée de l'article 10 à l'article 9, de sorte que le paragraphe 4 de l'article 9 se terminerait par la phrase supplémentaire: "Le dossier de préqualification ou de présélection contient une description de l'objet du marché."

2. Le groupe de rédaction a proposé de supprimer les mots "concernant notamment" du paragraphe 3 de l'article 10.

3. Le groupe a proposé de modifier la première phrase du paragraphe 4 de l'article 10 comme suit: "Dans la mesure où cela est possible, la description de l'objet du marché est objective, fonctionnelle et générique et énonce les caractéristiques techniques et qualitatives pertinentes ou les caractéristiques de performance de cet objet." Il a aussi proposé que cette formule soit utilisée, selon que de besoin, dans d'autres passages du texte de la Loi type révisée.

4. S'agissant de l'article 11, le groupe de rédaction a fait les propositions suivantes: insérer les mots "concernant l'objet du marché" dans le chapeau du paragraphe 2 dudit article, qui serait alors ainsi libellé: "Les critères d'évaluation concernant l'objet du marché peuvent comprendre:"; supprimer, dans la version anglaise, le mot "The" à l'alinéa a) du paragraphe 2 pour dire simplement "Price"; reformuler le paragraphe 3 comme suit: "Dans la mesure où cela est faisable, tous les critères d'évaluation autres que le prix sont objectifs, quantifiables et exprimés en termes pécuniaires." – en expliquant dans le Guide pour l'incorporation qu'il n'est pas toujours possible d'exprimer en termes pécuniaires des critères d'évaluation autres que le prix; ajouter les mots "ou toute autre préférence" à l'alinéa b) du paragraphe 4, qui deviendrait: "Une marge de préférence accordée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux ou aux biens produits localement, ou toute autre préférence, si elle est autorisée ou exigée…"; reformuler l'alinéa b) du paragraphe 5 comme suit "Tous les critères d'évaluation établis conformément au présent article, y compris le prix tel que modifié par toute préférence"; et modifier l'alinéa c) du paragraphe 5 comme suit: "L'entité adjudicatrice mentionne les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation, sauf si la passation de marché est menée en conformité avec l'article 48, auquel cas l'entité adjudicatrice peut énumérer tous les critères d'évaluation par ordre décroissant d'importance;".

5. **Le Président**, répondant à un point soulevé par **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), dit que les mots "L'entité adjudicatrice mentionne…" pourront être supprimés de l'alinéa c) du paragraphe 5 de l'article 11 modifié, puisque ce libellé apparaît déjà dans le chapeau du paragraphe. L'alinéa c) commencerait alors ainsi: "Les coefficients de pondération de tous les critères d'évaluation, sauf...".

6. **Mme Nicholas** (Secrétariat), répondant à une question de **M. D'Allaire** (Canada), dit que le Secrétariat croit comprendre que le paragraphe 3 de l'article 24 viserait à mettre en place une règle de totale transparence, qui admettrait cependant des exceptions dans les cas où la divulgation des prix pourrait nuire à une concurrence loyale dans l'avenir – par exemple en facilitant les collusions. Le paragraphe 3 de l'article 24 pourrait peut-être indiquer que les prix ne devraient en principe être divulgués qu'aux fournisseurs ayant présenté une soumission, en particulier du fait qu'il est donné lecture des prix en public dans les procédures d'appel d'offres.

7. **M. Fruhmann** (Autriche) note que le paragraphe 4 de l'article 24 interdit absolument de divulguer des informations relatives aux prix puisque l'alinéa a) renvoie au fait de nuire à la concurrence loyale, alors qu'aucun renvoi de ce type n'est présent à l'alinéa b).

8. **Le Président**, rappelant des discussions antérieures, invite la Commission à examiner le lien entre l'alinéa s) du paragraphe 1 et les paragraphes 3 et 4 de l'article 24 et l'éventuelle nécessité d'une politique qui, en règle générale, imposerait la divulgation des prix des concurrents non retenus, sauf si cette divulgation a un impact négatif sur la concurrence loyale. Il invite en outre la Commission à examiner si les prix devraient être divulgués en cas d'abandon de la passation de marché.

9. **M. D'Allaire** (Canada), partageant l'interprétation du Secrétariat à propos de l'objectif général recherché au paragraphe 3 de l'article 24, dit que, pour chaque soumission, "le prix, ou le mode de détermination du prix, et un résumé des autres principales conditions" devraient figurer au procès-verbal de la procédure de passation de marché; l'alinéa s) est donc bien nécessaire. Le paragraphe 3 réalise l'objectif général qui est de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission de prendre connaissance du prix de chaque soumission et d'obtenir toute autre information visée par ce paragraphe. Le paragraphe 4 apporte les garanties nécessaires, en particulier par la disposition prévoyant que l'information ne doit pas être divulguée si sa divulgation risque de nuire à la concurrence loyale.

10. La possible ambiguïté de l'alinéa s) pourrait éventuellement être levée si l'on changeait l'ordre des mots comme suit: "Pour chaque soumission, le prix, ou le mode de détermination du prix, et un résumé des autres conditions principales;". Par ailleurs, le texte reflète l'objectif général recherché au paragraphe 3 de l'article 24.

11. Répondant à une question du **Président**, M. D'Allaire explique que le stade auquel la passation est abandonnée détermine si les prix sont, ou non, divulgués. Si, au moment de l'abandon, les enveloppes contenant les soumissions ont déjà été ouvertes en présence de tous les fournisseurs, les prix auront été divulgués; dans le cas contraire, ils n'apparaîtront pas dans le procès-verbal. Il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle un abandon déterminerait si le procès-verbal a été divulgué ou non.

12. **Le Président** dit que cela est exact dans le cas des offres, mais que la Loi type régit d'autres méthodes de passation de marché comportant plusieurs étapes, comme les négociations où le prix est soumis à un examen détaillé. Il invite la Commission à se demander si, dans de tels cas, le prix devrait être versé au procès-verbal.

13. **M. Grand d'Esnon** (France) note, s'agissant de l'alinéa s), qu'il conviendrait d'établir une distinction entre "le prix" et "le mode de détermination du prix". Il est d'usage de divulguer les prix à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dans les procédures d'appel d'offres à l'ouverture des offres, mais "le mode de détermination du prix" est souvent un secret industriel et ne devrait donc pas être divulgué selon lui.

14. S'agissant du paragraphe 3, **M. Grand d'Esnon** est d'avis que les mots "ou de l'abandon de la passation de marché" devraient être supprimés. La divulgation des prix après l'abandon d'une passation de marché pourrait fort bien faciliter des collusions ultérieures.

15. **Le Président** croit comprendre que les informations mentionnées à l'alinéa b) du paragraphe 4 pourraient aussi entrer dans le champ de l'alinéa a) à moins que la divulgation de ces informations ne soit absolument interdite.

16. S'agissant du paragraphe 3, il demande si la Commission accepte, comme le propose le représentant de la France, de supprimer les mots "ou de l'abandon de la passation de marché".

17. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) se dit favorable à cette suppression.

18. S'agissant de ce que le Président vient de dire à propos des alinéas a) et b) du paragraphe 4, il se demande si ce dernier propose la fusion de ces deux alinéas. L'alinéa b) du paragraphe 4 renvoie probablement aux formulaires d'évaluation des soumissions, susceptibles d'être extrêmement précieux pour les concurrents qui y ont accès, car ils donnent un aperçu des opinions des évaluateurs des soumissions; ce sont par conséquent des documents sensibles. Les conditions auxquelles fait référence l'alinéa a) du

paragraphe 4 ne s'appliqueraient, normalement, pas aux formulaires d'évaluation des soumissions. Cependant, aucun argument ne semble s'opposer à la fusion des deux alinéas, puisque la référence aux informations relatives à l'examen et à l'évaluation des soumissions pourrait être intégrée à l'alinéa a) sans préjudice des intentions de l'alinéa b).

19. **Le Président** dit que, compte tenu du caractère sensible des formulaires d'évaluation des soumissions, que le représentant des États-Unis d'Amérique vient de souligner, il pourrait être préférable de garder séparément l'alinéa b).

20. S'agissant du paragraphe 3, le Président considère que la Commission souhaite supprimer les mots "ou de l'abandon de la passation de marché" et conserver à la fois l'alinéa s) du paragraphe 1 et les références à ce même alinéa dans le paragraphe 3, sous réserve de toute autre modification d'ordre rédactionnel.

21. **M. D'Allaire** (Canada) dit que sa délégation n'a aucune objection à ce que la référence à l'abandon soit supprimée du paragraphe 3. En cas d'abandon d'une passation de marché, les fournisseurs ne devraient pas se voir fournir les informations en question à moins d'en demander l'accès à un tribunal et d'obtenir gain de cause.

22. La délégation canadienne partage la préoccupation de la délégation française à propos de la référence au "mode de détermination du prix" apparaissant à l'alinéa s) du paragraphe 1. Cette référence pourrait être simplement supprimée puisque, ainsi que l'indique clairement le chapeau du paragraphe 1, il est attendu de l'entité adjudicatrice qu'elle tienne un procès-verbal détaillé de la procédure et que "le mode de détermination du prix" peut parfaitement figurer audit procès-verbal. Une autre solution serait d'introduire "le mode de détermination du prix" dans un alinéa distinct du paragraphe 1 et de ne pas le mentionner dans le paragraphe 3, de sorte qu'il n'ait pas à être divulgué.

23. **M. Fruhmann** (Autriche), se rangeant aux commentaires du représentant du Canada, dit que si le paragraphe 4 doit être révisé, sa délégation souhaiterait voir le texte révisé avant de tirer une quelconque conclusion à propos de ce paragraphe et de l'alinéa s) du paragraphe 1. Le paragraphe devrait simplement refléter le fait que le principe de non-divulgation applicable aux prix des soumissions est une règle absolue sans lien avec la règle de concurrence loyale énoncée à l'alinéa a) du paragraphe 4.

24. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique), observant que le but de la référence à un "mode de détermination du prix" dans la Loi type de 1994 est expliqué dans le Guide pour l'incorporation, dit qu'il ne serait peut-être pas sage de supprimer cette référence de l'alinéa s) du paragraphe 1 de l'article 24 de la Loi type révisée.

25. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que les informations sur le mode de détermination du prix pourraient être importantes, puisqu'elles permettent à l'entité adjudicatrice de juger si le prix indiqué dans une soumission est anormalement bas. L'obligation de verser ce renseignement au procès-verbal de la procédure de passation de marché pourrait dissuader les fournisseurs ou entrepreneurs de présenter des soumissions à des prix anormalement bas. Le mode de détermination du prix devrait certes être mentionné au procès-verbal, mais ce type d'information, du fait de son caractère sensible, ne devrait jamais être divulgué. C'est pourquoi il estime que le libellé actuel de l'alinéa s) du paragraphe 1 est acceptable.

26. **Mme Nicholas** (Secrétariat), se reportant à l'article 26, dit que l'application d'un accord-cadre ouvert est en fait une méthode de passation de marché. Le chapitre VII du projet de loi type révisée explique clairement que les accords-cadres fermés sont appliqués à l'intérieur d'une méthode de passation, tandis que l'application d'un accord-cadre ouvert constitue une méthode de passation de marché à part entière, équivalente à une enchère électronique inversée. Le Secrétariat propose donc d'inclure les accords-cadres ouverts dans la liste des méthodes de passation de marché figurant au paragraphe 1 de l'article 26.

27. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande pourquoi les accords-cadres ouverts devraient être traités comme une méthode distincte de passation, au contraire des accords-cadres fermés. Aux États-Unis d'Amérique, les accords-cadres, qu'ils soient ouverts ou fermés, sont des méthodes de passation de marché.

28. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, s'il est vrai qu'un accord-cadre fermé peut être traité comme une méthode de passation, le paragraphe 1 de l'article 57 dispose que l'entité adjudicatrice attribue un accord-

cadre fermé “a) [e]n recourant à une procédure d’appel d’offres ouvert...” ou “b) [e]n recourant à d’autres méthodes de passation...”.

29. Si la Commission souhaite que les accords cadres, tant ouverts que fermés, soient traités comme des méthodes de passation de marché distinctes, il faudra modifier le libellé du paragraphe 1 de l’article 57. De l’avis du Secrétariat, il serait plus simple que l’article 26 mentionne uniquement les accords-cadres ouverts.

30. **M. Grand d’Esnon** (France) dit que, compte tenu de l’état avancé de l’examen du projet de loi type révisée, sa délégation est favorable à ce que l’on conserve l’article 26 dans sa formulation actuelle.

31. **M. Yukins** (États-Unis d’Amérique), se reportant à l’article 25, attire l’attention sur le fait que le code de conduite prévu à cet article ne s’applique qu’aux agents publics, alors que les codes s’appliquant aux fournisseurs et entrepreneurs se généralisent de plus en plus dans le monde. La Loi type devra bientôt être amendée ou complétée dans le sens de ces évolutions.

32. **Le Président** propose que le Groupe de travail I examine cette question dans le cadre du travail futur de la Commission.

La séance est suspendue à 10 h 40; elle est reprise à 11 h 5.

33. **M. Seweha Boles** (Égypte), se reportant à l’alinéa c) du paragraphe 2 de l’article 29, demande comment, en pratique, l’entité adjudicatrice formulera son souhait d’utiliser une méthode de passation particulière au motif que celle-ci conviendrait le mieux à “la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l’État”. Ce motif peut être valable, mais le paragraphe 3 de l’article 27 parle d’une indication des “raisons et circonstances”.

34. **Le Président** est d’avis que le motif fondé sur la “sécurité” devrait être étayé par une mention des circonstances.

35. **M. Seweha Boles** (Égypte) demande si cela s’appliquerait même dans des moments de fortes tensions internationales affectant l’État.

36. **Le Président** répond que tel serait le cas, à son avis.

37. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l’alinéa a) du paragraphe 1 de l’article 31, propose d’insérer les mots “ou répétée” après “indéterminée” dans le membre de phrase “devrait être nécessaire de manière indéterminée”.

38. Si cette proposition n’est pas acceptable, le groupe de rédaction pourrait peut-être convenir d’une définition du terme “indéterminé” en vue de la faire figurer dans le Guide pour l’incorporation.

39. **Le Président**, donnant suite à une intervention de **M. Yukins** (États-Unis d’Amérique), propose d’insérer les mots “ou répétée” après “indéterminée”.

40. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat croit comprendre que l’utilisation du mot “indéterminée” vise à permettre la conclusion d’un accord-cadre pour assurer la sécurité de l’approvisionnement. Si l’interprétation du Secrétariat est jugée correcte, le Guide pour l’incorporation pourrait la reprendre.

41. **M. Fruhmann** (Autriche) propose la suppression des mots “la faible valeur de” au paragraphe 4 de l’article 32. L’expression “faible valeur” est utilisée ici d’une manière différente de ce que l’on rencontre dans d’autres dispositions du projet de loi type révisée, où elle désigne une valeur seuil. C’est de l’objet du marché qu’il convient de tenir compte.

42. **M. Yukins** (États-Unis d’Amérique) exprime la forte opposition de sa délégation à cette proposition. La suppression ouvrirait la porte à des préférences nationales fondées sur des jugements subjectifs.

43. Le libellé actuel concorde avec les lignes directrices de la Banque mondiale sur la passation de marché.

44. **Mme Andres** (Canada) suppose que le paragraphe 4 de l’article 32 a pour but de libérer l’entité adjudicatrice de l’obligation de publier largement une invitation à soumettre des offres, lorsque le coût d’une telle opération est disproportionné par rapport à la valeur de l’objet du marché, ce qui constitue une bonne raison de conserver les mots “la faible valeur de”. Leur conservation pourrait néanmoins créer des problèmes. Une nouvelle formulation pourrait peut-être mieux exprimer l’objet du paragraphe 4 de l’article 32.

45. **Le Président** dit que les mots “seuls des fournisseurs ou entrepreneurs nationaux voudront probablement présenter des soumissions” laissent entendre que la question ne porte pas sur la disproportion entre le coût d’une large publication d’une invitation à soumettre des offres et la valeur de l’objet du marché.

46. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le paragraphe 4 de l’article 32 n’a pas vocation à permettre aux entités adjudicatrices de rejeter les fournisseurs et entrepreneurs étrangers; il permettait seulement à ces entités adjudicatrices de décider de ne pas publier largement des invitations à soumettre des offres. Ce point pourrait être expliqué dans le Guide pour l’incorporation.

47. **M. Grand d’Esnon** (France), demandant que les mots “la faible valeur de” soient conservés, rappelle que tous les instruments internationaux relatifs à passation des marchés publics contiennent le concept de “valeur seuil” en deçà de laquelle les fournisseurs et entrepreneurs étrangers ne sont pas intéressés par l’appel d’offres.

48. **Le Président** propose de supprimer simplement le mot “faible”.

49. **M. Yukins** (États-Unis d’Amérique) demande instamment que le paragraphe 4 de l’article 32 soit laissé en l’état. Les lecteurs de la Loi type révisée ne seront pas troublés par les mots “la faible valeur” dans ce paragraphe, alors qu’ils pourraient bien s’interroger sur la disparition de ces mots dans le texte révisé.

50. **Le Président**, après consultation avec **M. Fruhmann** (Autriche), propose que le paragraphe 4 de l’article 32 soit laissé en l’état.

51. **M. Xiao** (Chine), se reportant au paragraphe 2 de l’article 32, dit que sa délégation a des problèmes avec l’idée que les invitations à participer à l’appel d’offres doivent être publiées “dans une langue d’usage courant dans le commerce international”. Dans de nombreux pays, et particulièrement ceux en développement, les responsables des passations de marchés rencontreraient des difficultés pour satisfaire à cette exigence, en particulier ceux chargés uniquement des passations de marché à petite échelle.

52. **Le Président** souligne que le paragraphe 2 de l’article 32 vise les invitations à participer à des appels d’offres, et non le dossier de sollicitation.

53. **M. Grand d’Esnon** (France), soutenant l’intervention du représentant de la Chine, fait observer que la situation des langues d’usage courant dans le commerce international est en évolution constante. Il estime donc que les mots “dans une langue d’usage courant dans le commerce international” devraient être abandonnés.

54. **M. Yukins** (États-Unis d’Amérique), demandant que ces mots soient conservés, dit que l’offre croissante de moyens de traduction sur Internet rendra très simple, avec le temps, la traduction vers des langues d’usage courant dans le commerce international.

55. **Le Président** propose, pour donner suite à une intervention de **M. Grand d’Esnon** (France), que le paragraphe 2 de l’article 32 soit modifié à peu près comme suit: “L’invitation est également publiée au niveau international de manière à attirer les fournisseurs et entrepreneurs internationaux.”

56. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique) propose un libellé du type: “L’invitation est également publiée au niveau international dans un média accessible aux fournisseurs et entrepreneurs internationaux.”

57. **Le Président** propose de laisser la formulation de la phrase au groupe de rédaction, si l’idée sous-jacente est claire.

58. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique), attirant l’attention sur la recommandation écrite de son pays eu égard au paragraphe 5 de l’article 33[1], dit que la recommandation est applicable également au paragraphe 1 de l’article 32.

59. **M. Seweha Boles** (Égypte) demande pourquoi le paragraphe 6 de l’article 33 ne renvoie pas à l’alinéa a) du paragraphe 4 de l’article 29.

60. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail I a décidé d’omettre ce renvoi parce qu’il peut exister de nombreuses sortes d’urgences, dont certaines relèvent purement de la faute de l’entité adjudicatrice, et que l’omission de ce renvoi a pour but d’empêcher une utilisation abusive de cette disposition.

61. À cet égard, elle signale qu’il n’y a pas de date limite obligatoire pour la publication d’un avis de

---

[1] Voir document A/CN.9/730.

passation; la publication doit simplement intervenir suffisamment tôt avant la sollicitation des offres.

62. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il n'a pas souvenir d'une discussion sur la question dans le Groupe de travail I. En tout état de cause, il ne voit aucune raison pour établir des distinctions entre diverses sortes d'urgences.

63. **Mme Nicholas** (Secrétariat) explique que le Groupe de travail I a estimé que, lorsque le degré d'urgence est moindre, il devrait être possible de publier un avis de passation de marché dans l'intérêt de la transparence, de sorte que le recours à la sollicitation d'une source unique visé au paragraphe 5 de l'article 29 ou aux négociations avec appel à la concurrence visé au paragraphe 4 de l'article 29 puisse être examiné de près et, le cas échéant, contesté.

64. **Le Président** dit que la Commission devrait peut-être examiner le système prévu à l'article 50 afin de déterminer si l'on a besoin d'un avis.

65. **M. Seweha Boles** (Égypte) dit que, pour éviter les confusions quant aux divers degrés d'urgence, le paragraphe 6 de l'article 33 devrait être formulé à peu près comme suit: "Les dispositions du paragraphe 5 ne s'appliquent pas en cas d'événement catastrophique."

66. **M. Grand d'Esnon** (France) manifeste son soutien à la position du représentant de l'Égypte.

67. **Le Président** dit qu'aucune délégation ne semble opposée à l'inclusion d'un renvoi à l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article 29 dans le paragraphe 6 de l'article 33.

68. **M. D'Allaire** (Canada), se reportant à l'article 45, dit que celui-ci devrait autoriser une entité adjudicatrice à demander des éclaircissements aux fournisseurs et entrepreneurs même si aucune négociation n'est permise. Le groupe de rédaction pourrait peut-être s'accorder sur une façon de modifier l'article 45 en ce sens.

69. Se reportant à l'article 46, il dit que les paragraphes 5 et 9 concernent deux moments différents où l'entité adjudicatrice peut avoir besoin de demander des éclaircissements à un fournisseur ou entrepreneur. Le groupe de rédaction devrait garder cela à l'esprit lorsqu'il se penchera sur l'article 46.

70. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) répond qu'il sera difficile de prévoir séparément chaque situation où l'entité adjudicatrice pourrait avoir besoin de demander des éclaircissements. La disposition générale relative à la demande d'éclaircissements devra donc être rédigée avec un grand soin.

71. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'article 47, croit comprendre que, dans les appels d'offres en deux étapes, l'entité adjudicatrice n'est pas autorisée à apporter de modification substantielle aux caractéristiques de l'objet du marché entre la première et la deuxième étape, et demande si son interprétation est exacte.

72. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail I a décidé que le concept de "modification substantielle" n'était pas utile.

73. Le paragraphe 4 de l'article 47 établit clairement que l'entité adjudicatrice peut réviser les conditions applicables à la passation de marché, mais que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs ayant participé à la première étape et dont les offres n'ont pas été rejetées sont autorisés à présenter des offres définitives sur la base des conditions révisées. Les offres des autres fournisseurs ou entrepreneurs ne sont pas prises en considération, puisque leur candidature n'a pas été retenue à l'issue de la première étape.

74. Le Secrétariat croit comprendre que le but est d'exclure de la deuxième étape les fournisseurs ou entrepreneurs qui ne se sont pas souciés de participer à la première étape.

75. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que le concept de "material change" (modification substantielle) ouvre peut-être la porte à des différences d'interprétation, et risque de créer des problèmes de traduction, mais que ce concept est largement accepté dans le monde de la passation de marché et qu'une disposition générale s'y rapportant devrait figurer dans la Loi type révisée.

76. **Le Président** croit comprendre qu'il est possible de procéder à une modification substantielle dans la mesure où l'objet du marché n'est pas modifié.

77. **Mme Nicholas** (Secrétariat) propose que les mots "l'entité adjudicatrice ne peut modifier ... l'objet du marché" employés au paragraphe 9 de l'article 48 figurent également à l'article 47.

78. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que le problème serait de déterminer ce que "modifier l'objet

du marché" signifie dans le Guide pour l'incorporation.

79. **Le Président** exprime son soutien à la proposition de la représentante du Secrétariat.

80. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que la définition de "l'objet" figurant à l'alinéa h) de l'article 2 manque de précision. Il faudra s'en souvenir lors de toute tentative visant à déterminer ce que signifie "modifier l'objet".

La séance est levée à 12 h 30.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 928e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mardi 28 juin 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.928]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 14 h 15.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à l'article 10, dit que le groupe de rédaction propose de scinder le paragraphe 1 en deux alinéas.

2. L'alinéa a) serait alors formulé comme suit: "Le dossier de préqualification ou de présélection, le cas échéant, contient une description de l'objet du marché". L'alinéa b) serait ainsi formulé: "L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description détaillée de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les soumissions, y compris les exigences minimales auxquelles les soumissions doivent satisfaire pour être jugées conformes et la manière dont ces exigences seront appliquées". La phrase dont l'ajout à la fin de l'article 9-4 a été proposé à la séance précédente serait naturellement supprimée.

3. De plus, le groupe de rédaction est convenu d'un commentaire à insérer dans le Guide pour l'incorporation, qui fixerait les règles générales et les exceptions relatives à l'article 10, et renverrait aux alinéas a) des paragraphes 1 et 2 de l'article 29. Il est proposé à cet égard d'ajouter au début de l'article 29-1 a) la première partie de l'article 29-2 a), pour aligner les deux dispositions. L'article 29 1-a) serait alors ainsi formulé: "Elle [l'entité adjudicatrice] est dans l'impossibilité de formuler une description détaillée de l'objet du marché conformément à l'article 10 de la présente Loi et estime que … à ses besoins;".

4. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que le libellé proposé pour l'article 29-1 a) dénaturerait la procédure des appels d'offres en deux étapes, qui présuppose une description détaillée au début de la procédure de passation.

5. **M. Fruhmann** (Autriche) répond que la question soulevée par le représentant des États-Unis d'Amérique n'entre pas dans le champ de celles que le groupe de rédaction doit résoudre.

6. **Mme Miller** (observatrice de la Banque mondiale) dit que les directives de la Banque mondiale autorisent les appels d'offres en deux étapes lorsqu'il n'est ni souhaitable ni possible de préparer par avance des spécifications techniques complètes. L'actuelle formulation de l'article 29-1 a) n'est sans doute pas idéale, mais la Banque mondiale l'a acceptée.

7. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, lorsqu'il a examiné la procédure d'appels d'offres en deux étapes, le Groupe de travail I a décidé que ce type de procédure pourrait démarrer soit avec une spécification technique détaillée que l'on pourrait modifier, soit avec des critères généraux qui pourraient être affinés. Le Groupe de travail I a proposé que l'une des conditions de l'utilisation des appels d'offres en deux étapes soit ainsi libellée: "L'entité adjudicatrice estime qu'une étape peut être nécessaire dans la procédure pour améliorer les caractéristiques techniques et pratiques de l'objet du marché, qui peut comprendre des discussions avec les fournisseurs et les entrepreneurs afin que l'entité adjudicatrice puisse les formuler conformément aux procédures imposées par l'article 10 et trouver ainsi la solution la mieux adaptée à ses besoins."

8. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que les appels d'offres en deux étapes sont mal vus par un grand nombre, y compris par le Secrétariat, mais que certains pays y ont recours.

9. Lorsque le texte de 1994 de la Loi type a été rédigé, la Commission savait que divers types d'appels d'offres en deux étapes existaient, et le texte en a tenu compte. Sa délégation souhaite néanmoins prévoir des dispositions plus strictes.

10. **Le Président** répond que le texte devrait aussi être aligné sur les paragraphes 2 et 3 de l'article 47.

11. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à l'article 14-1, dit que le groupe de rédaction propose d'insérer le mot "in" avant les mots "the pre-qualification or pre-selection documents", dans la

version anglaise. S'agissant de l'article 36 c), il dit que le groupe de rédaction propose que les mots "Un résumé des" soient ajoutés en début de phrase, de sorte que le libellé deviendrait "Un résumé des critères et...".

12. **M. D'Allaire** (Canada), s'exprimant sur l'article 52-1 k), dit que la note de bas de page s'y rapportant énonce une évidence et devrait être supprimée.

13. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que l'article 52-1 k) entre parenthèses s'explique par le fait que, lorsque le Groupe de travail I avait discuté des enchères électroniques pour la première fois, quelques années plus tôt, l'on craignait que les systèmes informatiques ne puissent les maîtriser. Ce risque a nettement diminué avec l'émergence des nouvelles technologies de l'informatique. Le Groupe de travail I n'a cependant pas souhaité supprimer l'alinéa k) du paragraphe 1, en dépit de sa pertinence aujourd'hui réduite.

14. **M. Grand d'Esnon** (France), exprimant son soutien à la suppression de la note de bas de page, explique que ces notes seraient dans la plupart des cas frappées de redondance par le Guide pour l'incorporation. C'est pourquoi il estime que les notes des articles 26-1 et 29-2 devraient être supprimées – et tout particulièrement cette dernière.

15. **M. Fruhmann** (Autriche) dit qu'il n'a pas d'opinion très arrêtée sur la note afférente à l'alinéa k) du paragraphe 1 entre parenthèses, mais que, si elle était conservée, elle devrait logiquement être attachée au paragraphe 2. La Commission devrait néanmoins décider du traitement à réserver au texte entre parenthèses.

16. **Le Président** propose, à la suite des commentaires de **M. Fruhmann** (Autriche) et de **Mme Nicholas** (Secrétariat), que le dernier membre de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 52 – "le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties" – soit supprimé.

17. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que, si la note de bas de page correspondant à l'alinéa k) du paragraphe 1 de l'article 52 était supprimée, cet alinéa devrait figurer sans les parenthèses et la note devrait, si nécessaire, être remplacée par une explication dans le Guide pour l'incorporation.

18. Il demande si, dans les pays où les enchères électroniques sont utilisées, comme le Brésil et Singapour, les entités adjudicatrices ont été confrontées à un afflux de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

19. **Mme González Lozano** (Mexique) explique qu'elle n'est pas favorable à la suppression de la référence au "document contractuel" à l'article 52-1 c). Les fournisseurs et les entrepreneurs doivent connaître par avance le "détail des clauses" du document qu'ils devront signer si le marché leur est attribué.

20. **Le Président** dit que les mots "le cas échéant, le document contractuel à signer par les parties" pourraient éventuellement être conservés, et le sens de "document contractuel" expliqué dans le Guide pour l'incorporation.

21. **M. Phua** (Singapour), répondant à la question posée par le représentant des États-Unis, dit que les entités adjudicatrices de Singapour n'ont pas été débordées par un afflux de fournisseurs ou d'entrepreneurs alors même qu'aucune limite n'avait été fixée au nombre de ceux qui pourraient participer à des enchères électroniques inversées. Il est cependant exigé qu'avant de participer à des enchères électroniques inversées, les fournisseurs et les entrepreneurs se forment à l'utilisation de ce système.

22. **Le Président** propose, à la suite d'une explication de **Mme Nicholas** (Secrétariat) sur la façon dont les parenthèses ont été utilisées dans le projet de texte révisé de la Loi type, que les parenthèses contenant l'alinéa k) du paragraphe 1 et le paragraphe 2 de l'article 52 soient conservées, mais que la note relative à l'alinéa k) du paragraphe 1 soit supprimée.

23. **M. Grand d'Esnon** (France) estime que toutes les parenthèses du projet de texte révisé de la Loi type devraient être supprimées, des explications étant données dans le Guide pour l'incorporation, le cas échéant.

24. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que, dans un souci de cohérence, l'article 57 devrait contenir un renvoi à l'article 8 similaire à celui figurant dans l'article 59-3 e) i).

25. **Mme Nicholas** (Secrétariat) rappelle que l'attribution d'un accord-cadre fermé se déroule selon des méthodes de passation qui exigent déjà une déclaration conforme à l'article 8. Il n'est donc pas nécessaire que l'article 57 contienne une référence à l'article 8.

26. **Le Président** considère que cet article 57 devrait rester inchangé.

27. **M. D'Allaire** (Canada), se référant au paragraphe 3 e) ii) de l'article 59, dit qu'il devrait rester entre parenthèses mais que la note de bas de

page devrait être supprimée. La question est particulièrement sensible, alors que la note n'ajoute rien d'intéressant.

28. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que les alinéas b) et c) du paragraphe 3 de l'article 59 semblent dire la même chose en des termes légèrement différents. L'un de ces alinéas devrait donc être supprimé.

29. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que les mots ", ou seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui est alors capable de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché" à l'article 61-4 a) risquent d'ouvrir la voie à des jugements subjectifs de la part de l'entité adjudicatrice, ce qui pourrait donner lieu à des réclamations. Les invitations écrites à présenter des soumissions devraient être adressées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre.

30. **Le Président** dit qu'il ne verrait aucun mal à la suppression de ces mots.

31. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) fait remarquer que, si ces mots étaient supprimés, l'entité adjudicatrice pourrait devoir envoyer des centaines d'invitations écrites.

32. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que, si ces mots étaient conservés, l'entité adjudicatrice pourrait décider arbitrairement de ne pas adresser d'invitation écrite à un fournisseur ou un entrepreneur qui, avec le temps, pourrait tout à fait devenir capable de répondre à ses besoins. Elle se demande, par exemple, qui peut être certain en janvier que tel fournisseur ou entrepreneur sera capable de répondre à ses besoins en septembre.

33. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que l'idéal serait que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à un accord-cadre reçoivent une invitation écrite. Le problème est que, dans le cas des accords-cadres fermés, les prix sont déjà fixés, et que les parties ne peuvent pas refuser de présenter une offre sur la base de ces prix si elles y sont invitées.

La séance est suspendue à 15 h 30; elle est reprise à 16 heures

34. **M. Cachapuz de Medeiros** (Brésil) dit que les mots ", ou seulement à chaque partie … l'objet du marché" figurant à l'article 61-4 a) ne sont pas nécessaires et créent une incertitude susceptible de mener à des contestations devant les tribunaux.

35. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que des discussions informelles se sont tenues pendant la suspension à propos d'une nouvelle formulation pour l'article 61-4 a), mais qu'il faudrait encore approfondir la question, toujours de façon informelle.

36. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à l'article 62, propose de modifier le libellé du titre comme suit: "Modifications [possibles] pendant la durée d'application d'un accord-cadre".

37. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), appelant au maintien du titre en l'état, dit que le principe de "l'interdiction de toute modification substantielle" s'applique à tous les stades de la procédure de passation. Refuser tout type de changement reviendrait à s'imposer un carcan.

38. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit que le titre devrait être laissé en l'état.

39. **Le Président** dit que, compte tenu des problèmes soulevés par le mot "substantiel", la Commission devrait peut-être accepter la proposition du représentant de l'Autriche, ou renvoyer la question au groupe de rédaction.

40. **M. D'Allaire** (Canada), se référant à l'article 63, pointe l'absence de clarté quant à ce que sont censés faire les fournisseurs ou les entrepreneurs s'ils veulent contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice. Il demande s'il est obligatoire, par exemple, de commencer par soumettre une demande de réexamen à une instance administrative ou s'il est possible de saisir directement les tribunaux en appel. Il serait fort regrettable qu'un État dépense de l'argent à mettre sur pied une instance administrative spécialisée dans les questions de passation de marchés, pour qu'elle soit finalement contournée. Il est crucial que la Loi type aide à déterminer quelles possibilités de recours sont disponibles, et dans quel ordre.

41. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans son pays, un plaignant peut engager une procédure soit devant une instance administrative soit devant un tribunal.

42. **M. Grand d'Esnon** (France) réclame une plus grande clarté. L'article ne peut pas énumérer tous les scénarios possibles; ceci est du ressort du Guide pour l'incorporation. Le groupe de rédaction devrait être très attentif à cet article.

43. **M. D'Allaire** (Canada) dit qu'une solution pourrait être que l'article indique, par exemple, trois scénarios possibles, étant entendu que les États pourraient faire d'autres choix s'ils le souhaitaient. Une autre solution consisterait à supprimer l'article et à laisser les États décider par eux-mêmes de leur

système de recours, avec l'aide du Guide pour l'incorporation.

44. **Mme Anchishkina** (Fédération de Russie) dit que, selon sa délégation, le libellé actuel de l'article 63 est bien équilibré.

45. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que le libellé actuel de l'article 63 montre qu'il est difficile de généraliser sur les systèmes de recours. Il faut laisser la place à l'expérimentation, de sorte que ces systèmes puissent évoluer.

46. **M. Xiao** (Chine) dit que l'article 63 devrait dans la mesure du possible envisager différents systèmes de recours.

47. **M. Jezewski** (Pologne) dit que, même si le système de recours fonctionne bien dans son pays et si les procédures de contestation ne durent pas plus de deux mois, sa délégation est favorable aux propositions émises par le représentant du Canada.

48. Il propose d'adjoindre à l'article 63 une note de bas de page similaire à la note 7 relative à l'article 66. Cela pourrait apaiser les préoccupations des États ne disposant pas d'une instance d'arbitrage indépendante.

49. **M. Phua** (Singapour) dit que l'article 63 n'est pas une invitation à choisir à son gré; il s'agit simplement d'une introduction au chapitre VIII, qui établit clairement que les fournisseurs ou les entrepreneurs contestant une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice doivent démontrer qu'ils ont subi une perte ou un dommage.

50. **Le Président** propose que le paragraphe 1 de l'article 63 s'achève avec les mots "... contester cette décision ou cet acte" et qu'il y ait un paragraphe permettant à l'État adoptant d'indiquer les options qu'il souhaite offrir en matière de recours.

51. **M. Grand d'Esnon** (France), insistant fortement pour que l'article 63 soit laissé tel quel, dit que la question principale semble être celle de déterminer si les trois voies de recours indiquées devraient être disponibles de façon parallèle ou séquentielle. Toute le problème du chapitre VIII dans son ensemble est qu'il n'existe pas de solution unique; un système de recours conviendra à certains États, et pas à d'autres.

52. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation souhaite que le Guide pour l'incorporation explique la possibilité pour les États d'adopter une approche soit parallèle soit séquentielle et hiérarchique, et qu'il renvoie à certains des problèmes qui devraient être pris en compte. Par exemple, si une approche hiérarchique était adoptée, les fournisseurs ou les entrepreneurs pourraient être contraints de saisir une instance corrompue ou faible à un niveau inférieur avant de pouvoir chercher réparation au niveau judiciaire, l'intention étant de décourager les plaignants potentiels.

53. **M. Fruhmann** (Autriche) rappelle que, lors de sa quarante-deuxième session, la Commission a décidé de ne pas se prononcer sur la manière dont les États adoptants devraient choisir quel système de recours utiliser. C'est aux États de choisir, sous réserve que certaines normes soient satisfaites.

54. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il y a de bonnes raisons de supprimer la seconde moitié du paragraphe 1 de l'article 63 et la totalité du paragraphe 2, ce qui laisserait les États libres de choisir, avec l'ajout d'une note de bas de page disant que les États peuvent adopter soit une approche parallèle soit une approche hiérarchique.

La séance est levée à 17 heures.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 929e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 29 juin 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.929]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 9 h 50.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **Le Président** invite **M. Fruhmann** (Autriche) à continuer son exposé sur les résultats des discussions du groupe de rédaction.

2. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à la définition de la "passation de marché" dans l'article 2 h) du projet de texte révisé de la Loi type, dit que, selon le groupe de rédaction, les mots "l'acquisition de biens, de travaux ou de services" ne définissent pas "l'objet du marché" et que ce dernier terme, figurant entre parenthèses, devrait donc être supprimé. Certains participants ont certes estimé que "l'objet du marché" devrait être défini, mais aucun consensus ne s'est dégagé quant à l'éventuel libellé d'une définition. Il a été considéré que la question de savoir s'il convient de définir "l'objet du marché", et comment, est un problème de fond que la Commission devrait examiner à l'une de ses séances.

3. En ce qui concerne l'article 15-1, le groupe de rédaction a proposé de remplacer dans la version anglaise les mots "such time as will" par "a time period that will" ("dans un délai").

4. M. Fruhmann précise que la délégation des États Unis d'Amérique proposera un article 15 *bis* sur la clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions.

5. En ce qui concerne l'article 16-1, le groupe de rédaction a proposé de supprimer le sous-alinéa ii) de l'alinéa c) et de fusionner le sous-alinéa i) avec le chapeau de l'alinéa c), qui se lirait alors comme suit: "Nonobstant ... énoncées dans le dossier de sollicitation, sauf si, en acceptant la garantie, elle viole une loi du présent État".

6. Le groupe de rédaction a proposé que la fin de l'article 17-3 b) soit modifiée comme suit: "... ainsi que le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'achèvement des travaux ou la fourniture des services;".

7. En ce qui concerne l'article 19-1, le groupe de rédaction a proposé que l'alinéa c) soit supprimé et que le paragraphe 2 soit modifié comme suit: "La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une soumission conformément au présent article et les raisons de cette décision ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article sont versées au procès-verbal de la procédure de passation de marché. La décision de l'entité adjudicatrice et les raisons de cette décision sont promptement communiquées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné."

8. À propos de l'article 21-7, le groupe de rédaction a proposé de le terminer par les mots: ", à moins que celle-ci ne soit prorogée en vertu de l'article 40-2".

9. S'agissant de l'article 23-3, le groupe de rédaction a proposé que les mots "ou si le dossier de sollicitation l'autorise" soient supprimés et que le mot "such" soit ajouté après les mots "no party to any" dans la version anglaise. La seconde phrase du paragraphe deviendrait alors: "Sauf si la législation l'exige ou [nom du ou des tribunaux] ou [nom de l'organe concerné désigné par l'État adoptant] l'ordonne, aucune partie aux discussions, aux communications, aux négociations ou au dialogue ne divulgue...".

10. En ce qui concerne l'article 24, le groupe de rédaction a proposé qu'au paragraphe 1 r) les mots "where the written procurement contract" soient remplacés par "where a written procurement contract" dans la version anglaise; qu'au paragraphe 1 s) les mots ", ou le mode de détermination du prix," soient supprimés, la suppression restant à expliquer dans le Guide pour l'incorporation; qu'à la première phrase du paragraphe 3 les mots "du paragraphe 1 du présent

article" et "ou de l'abandon de la passation de marché" soient supprimés et que les mots ", sauf si l'entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale" soient ajoutés à la fin de la phrase, de sorte que cette première phrase deviendrait "Sauf si elle est divulguée conformément à l'article 41-3 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) est communiquée sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu'ils ont pris connaissance de l'acceptation de la soumission à retenir, sauf si l'entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale."; et qu'au paragraphe 4 b) les mots ", ainsi qu'au montant des soumissions," soient supprimés.

11. Enfin, le groupe de rédaction a proposé de remplacer le mot "précision" par le mot "niveau de détail" à l'article 29-1 a).

12. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) demande si le groupe de rédaction a achevé son examen de la seconde phrase du paragraphe 3 et son examen du paragraphe 4.

13. Il souligne la nécessité de clarifier la relation entre l'article 29-1 a) et l'article 47. Cette question pourrait éventuellement être abordée pendant l'examen de l'article 47.

14. **M. Fruhmann** (Autriche), se référant à la seconde phrase du paragraphe 3, dit que la question concernant le type d'informations susceptibles d'être divulguées reste à débattre.

15. En ce qui concerne l'article 29-1 a), il ajoute qu'il n'y a pas eu d'objection au sein du groupe de rédaction à l'idée de réécrire ledit alinéa a) à la lumière de l'article 47, et qu'il a été décidé que cette idée serait abordée lors de l'examen de l'article 47.

16. **M. D'Allaire** (Canada), se référant à la première phrase de l'article 24-3, s'interroge sur la proposition de supprimer les mots "du paragraphe 1 du présent article"; il est d'avis que ces mots rendent le texte plus clair. La proposition d'ajouter les mots ", sauf si l'entité adjudicatrice estime que la divulgation de ces informations nuirait à la concurrence loyale" n'est pas, à ses yeux, utile, car l'intention de ne pas nuire à la concurrence loyale est couverte par l'article 24-4, dont la teneur s'applique évidemment à l'article 24-3. L'insertion du texte supplémentaire proposé pourrait soulever la question de savoir pourquoi les éléments du paragraphe 4 de l'article 24 autres que le fait de nuire à la concurrence loyale ne sont pas eux-aussi mentionnés dans la première phrase de l'article 24-3.

17. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, selon l'interprétation du Secrétariat, la question à régler est celle de la relation entre les paragraphes 3 et 4 de l'article 24 et que cette référence à la concurrence loyale pourrait ne pas être nécessaire dans les deux paragraphes. Il faudrait peut-être aussi se pencher sur la question de savoir si le fait de ne pas nuire à la concurrence loyale devrait être ajouté aux raisons objectives de non-divulgation mentionnées au paragraphe 4; toute évaluation visant à déterminer si la divulgation nuit à la concurrence loyale risque d'être subjective.

18. **Le Président** suggère d'ajouter à la première phrase du paragraphe 3 une formule du type ", sous réserve de l'alinéa a) du paragraphe 4".

19. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), rappelant que la question de savoir s'il faut définir l'expression "objet du marché" (qui figure entre parenthèses à l'article 2 h)) reste ouverte, dit que l'expression semble en fait être définie aux articles 17-3 b), 36 b) et 38 d). À cet égard, le libellé de l'article 36 b) serait le mieux adapté et pourrait servir à condition que les mots ", le cas échéant" soient insérés après le mot "notamment".

20. **Le Président** propose que la question soit examinée par le groupe de rédaction à la lumière de ce que le représentant des États-Unis d'Amérique vient de dire.

21. **M. Grand d'Esnon** (France) dit qu'à son avis l'expression "objet du marché" a besoin d'être définie.

22. **M. D'Allaire** (Canada) dit ne pas être certain que l'expression "objet du marché" doive être définie. Elle ne l'est pas dans la législation canadienne.

23. Il ajoute qu'il conviendrait d'être prudent dans la formulation d'une définition car il existe – s'il a bien compté – 59 occurrences du terme "objet du marché" dans le projet révisé de la Loi type.

24. **Le Président** propose de travailler avec le Secrétariat à la rédaction d'une définition satisfaisante.

25. **Mme Nicholas** (Secrétariat) explique que le terme "l'objet du marché" a été introduit entre parenthèses à l'article 2 h) car le Groupe de travail I a conclu que la Loi type révisée ne devrait contenir aucune référence aux "biens, travaux et services".

26. Elle propose que la Commission laisse pour l'instant de côté la question de savoir comment faire référence aux "biens, travaux et services" car la discussion porte actuellement sur l'utilisation de l'expression "objet du marché" dans le contexte des besoins changeants de l'entité adjudicatrice.

27. **Le Président** dit qu'il serait possible de rédiger une définition qui englobe à la fois les "biens, travaux et services" et l'idée de besoins changeants de l'entité adjudicatrice.

28. **M. D'Allaire** (Canada), soutenu par **Mme González Lozano** (Mexique), dit que les articles 64 à 69 devraient être plus cohérents dans l'utilisation des mots "réexamen", "révision" et "appel". Le mot "réexamen" ne devrait être utilisé qu'en référence à l'entité adjudicatrice, le mot "révision" ne devrait servir que par rapport à l'instance indépendante, et le mot "appel" ne devrait être utilisé qu'au sens de recours judiciaire.

29. **Le Président**, en réponse à une question de **M. D'Allaire** (Canada), rappelle que les mots "en introduisant une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 65 de la présente Loi, une demande en révision auprès de [nom de l'instance indépendante] en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou une demande auprès du [nom du ou des tribunaux]" seront supprimés de l'article 63-1.

30. S'agissant de l'article 63-2, le Guide pour l'incorporation indiquera qu'il existe différentes possibilités quant à ce que l'État adoptant peut souhaiter introduire dans son propre système juridique.

31. **M. D'Allaire** (Canada), soutenu par **M. Fruhmann** (Autriche), dit que les mots "légal" et "illégal" figurant à l'article 66-9 ne semblent pas appropriés dans un tel texte.

32. Il ajoute, avec le soutien de **Mme González Lozano** (Mexique) et de **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), que l'article 69 pourrait être supprimé si l'article 63 était modifié.

33. **Le Président** fait observer que la note de bas de page 14 pourrait figurer dans le Guide pour l'incorporation.

34. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le libellé actuel de l'article 66-8 laisse penser que "tous les documents qui se rapportent à la procédure de passation de marché" devront être fournis à l'instance de recours. Cette remise pourrait s'avérer difficile si le volume de la documentation est important et si le dossier contient des informations classifiées. Les mots "ou lui donne accès à tous ces documents" pourraient éventuellement être insérés de sorte que le paragraphe se lise comme suit: "… l'entité adjudicatrice fournit à [nom de l'instance indépendante] tous les documents qui se rapportent à la procédure de passation de marché ou lui donne accès à tous ces documents…".

35. Il demande si le Guide pour l'incorporation expliquera ce qu'il convient d'entendre par "toute autorité publique" à l'article 67-1 et si le Guide traitera la question du droit des autorités d'une région non concernée par la passation de marché en cause à participer aux procédures relatives à ladite passation, dans le cas d'un État fédéral.

36. Il suggère en ce qui concerne l'article 67-3 que le groupe de rédaction examine si une disposition de la Loi type révisée devrait prévoir la possibilité d'un accès restreint aux informations classifiées, dans certains cas.

37. **M. Wallace** (États Unis d'Amérique) dit que si l'article 69 était supprimé, l'article 63-2 devrait prévoir une référence à l'autorité judiciaire qui serait saisie de l'appel.

38. **M. Yukins** (États Unis d'Amérique) dit, en réponse à l'idée émise par le représentant de l'Autriche concernant l'article 66-8, qu'il serait malcommode qu'un représentant de l'instance de recours doive se rendre dans les locaux de l'entité adjudicatrice pour demander l'autorisation de consulter les documents. Si une entité adjudicatrice sait qu'elle devra fournir des documents à une entité de recours, elle les conservera sans aucun doute sous forme électronique, de façon à pouvoir les remettre facilement.

39. S'agissant des mots "légal" et "illégal" apparaissant à l'article 66-9, l'utilisation de formules telles que "conforme à la présente Loi" et "contraire à la présente loi" serait envisageable. En pratique cependant, l'instance de recours examinera généralement l'appel non seulement à la lumière de la législation fondée sur la Loi type, mais aussi d'autres législations applicables. La pleine portée des recours potentiels semble être efficacement couverte par les mots "légal" et "illégal".

40. M. Yukins estime que si les mots "légal" et "illégal" disparaissent de l'article 66-9, les instances de recours risquent de disposer d'une marge d'appréciation trop large pour annuler des décisions de l'entité adjudicatrice.

41. **Le Président** dit, à propos de l'article 66-8, qu'il sera probablement possible de trouver une formulation qui ne laisse pas entendre que les représentants des instances de recours doivent se rendre dans les locaux des entités adjudicatrices. L'article pourrait éventuellement disposer que, lorsque la remise des documents s'avère impossible, l'accès aux documents devrait être assuré, par exemple, au moyen d'indications sur la manière de se les procurer sous forme électronique.

42. **M. D'Allaire** (Canada), tout en comprenant l'inquiétude suscitée par le risque de voir l'instance de recours disposer d'une trop grande latitude pour annuler des décisions de l'entité adjudicatrice si les mots "légal" et "illégal" disparaissaient de l'article 66-9, dit qu'une difficulté conceptuelle émerge au sens où il est impossible d'être certain sur l'instant qu'une décision est légale ou illégale lorsqu'une demande de révision est introduite.

43. **Mme Andres** (Canada) dit que le groupe de rédaction devrait examiner si certaines parties de l'article 66-4 ne sont pas superflues du fait du contenu de l'article 66-3, même si l'élément relatif aux "considérations urgentes d'intérêt général" devrait sans doute être conservé. De même, le groupe de rédaction devrait examiner si l'article 66-5 a) pourrait être supprimé en raison de son caractère redondant.

44. **M. Yu** (Chine), notant que l'article 64-1 prévoit que l'entité adjudicatrice "ne peut conclure de marché…", tandis que, selon l'article 65-3, "l'entité adjudicatrice … décider … si la procédure de passation de marché doit être suspendue", demande quelles mesures l'entité adjudicatrice est libre de prendre à la lumière de considérations urgentes d'intérêt général si la procédure de passation de marché est suspendue.

45. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le représentant de la Chine pointe effectivement les tensions entre, d'une part, le droit d'un fournisseur ou entrepreneur de contester une décision ou un acte de l'entité adjudicatrice et, d'autre part, l'intérêt qu'a le public de voir la procédure de passation de marché se poursuivre. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 64 constituent une tentative de remédier à ces tensions. La question a suscité de longues discussions au sein du Groupe de travail I.

46. Les façons dont un marché pourrait entrer en vigueur sont indiquées à l'article 21, et le projet de texte révisé du Guide pour l'incorporation relatif à cet article indique clairement que des différences peuvent très bien exister à cet égard entre des pays dotés de traditions juridiques différentes.

47. **Le Président** estime, compte tenu des nombreuses possibilités envisagées à l'article 21, qu'il faudrait peut-être modifier l'article 64-1 à peu près comme suit "L'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur du marché" ou "L'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure en vue de la conclusion d'un marché…".

48. **M. Jezewski** (Pologne), se référant à l'article 66-9, propose que le mot "illégal" soit remplacé par une formule du type "jugé illégal", de sorte que – par exemple – "un acte illégal" deviendrait "un acte jugé illégal".

49. Il exprime son inquiétude quant à la proposition de supprimer l'article 69. Il aimerait que le Chapitre VIII prévoie le recours judiciaire, et il est d'accord avec le représentant des États-Unis d'Amérique pour dire que l'article 63 devrait être modifié de manière telle que le recours judiciaire soit envisagé au Chapitre VIII.

50. **Le Président** dit que, si l'article 69 doit être supprimé, il faudra réécrire l'article 63.

51. **M. Phua** (Singapour), se référant à l'article 66-8 relatif à l'entité adjudicatrice qui fournit à l'instance indépendante "tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché", propose qu'il soit simplement demandé à l'entité adjudicatrice de fournir une liste de tous les documents en sa possession.

52. **Le Président** dit qu'il importe que l'entité adjudicatrice donne à l'instance indépendante un accès effectif à tous les documents en sa possession.

53. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que le Chapitre VIII semble être quelque peu incohérent s'agissant des conditions de notification. Les parties devant recevoir notification diffèrent d'une disposition à l'autre de ce chapitre – par exemple, l'article 65-3 b) parle de tous les participants à la procédure de passation de marché alors que l'article 65-6 mentionne tous les autres participants à la procédure de contestation et tous les autres participants à la procédure de passation de marché.

54. Elle propose qu'il soit simplement prévu d'aviser toutes les parties ayant un intérêt légitime en la matière.

55. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat a rédigé les conditions de notification figurant aux

articles 64 et 65 conformément aux instructions du Groupe de travail I, qui a reconnu que lesdites conditions devraient varier en fonction des stades des procédures de contestation et d'appel.

56. S'agissant du tout premier stade, le Groupe de travail I a tenu à ce que le grand public soit informé – d'où l'exigence, dans le chapeau de l'article 65-3, que l'entité adjudicatrice publie un avis concernant toute demande de réexamen d'un de ses actes ou d'une de ses décisions.

La séance est levée à 11 h 35.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 930e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 29 juin 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.930]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 14 h 15.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **Le Président** invite M. Fruhmann (Autriche) à rendre compte de l'avancement des travaux du groupe de rédaction.

2. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le groupe de rédaction a encore besoin de beaucoup de temps pour achever ses travaux.

3. **Le Président** propose que la séance soit suspendue et que la Commission reprenne ses débats deux heures plus tard.

La séance est suspendue à 14 h 20; elle est reprise à 16 h 30.

4. **M. Fruhmann** (Autriche) indique que le groupe de rédaction n'a pas encore terminé ses travaux.

5. **Le Président** propose que la séance soit ajournée et que la Commission se réunisse de nouveau le lendemain à 9 h 30.

La séance est levée à 16 h 35.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 931e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le jeudi 30 juin 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.931]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 11 h 30.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **Le Président** dit comprendre que le groupe de rédaction a fini d'examiner le projet de loi type révisée.

2. Les propositions du groupe de rédaction au sujet desquelles la Commission n'émettra aucune suggestion de modification seront considérées comme acceptées par cette dernière.

3. Il invite le représentant de l'Autriche à présenter les propositions du groupe de rédaction.

4. **M. Fruhmann** (Autriche) remercie ses collègues du groupe de rédaction pour l'esprit constructif dont ils ont fait preuve.

5. S'agissant du paragraphe 3 de l'article 10, le groupe de rédaction propose d'insérer les mots "entre autres, les éléments suivants:" entre "peut comprendre" et "spécifications" et de supprimer les mots "concernant notamment", tout en ajoutant dans le Guide pour l'incorporation des commentaires sur la "description de l'objet du marché".

6. Le groupe de rédaction propose de laisser l'article 13 en l'état, mais d'ajouter dans le Guide pour l'incorporation un commentaire concernant la ou les langues utilisées dans les documents.

7. Le groupe de rédaction propose un nouvel article, l'article 15 *bis*, qui serait le suivant:

> "**Clarification des informations concernant les qualifications et des soumissions**
>
> 1. À tous les stades de la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice peut prier le fournisseur ou l'entrepreneur de donner des éclaircissements sur les informations concernant ses qualifications ou sur ses soumissions afin de faciliter la vérification des qualifications ou l'examen et l'évaluation des soumissions.
>
> 2. L'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques découvertes durant l'examen des soumissions. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté la soumission concernée.
>
> 3. Aucune modification de fond des informations concernant les qualifications ou d'une soumission (notamment une modification visant à qualifier un fournisseur ou entrepreneur non qualifié ou à rendre conforme une soumission non conforme) ne sera demandée, proposée ni autorisée.
>
> 4. Aucune négociation ne peut avoir lieu entre l'entité adjudicatrice et le fournisseur ou l'entrepreneur au sujet des informations concernant les qualifications ou au sujet des soumissions, ni aucune modification ne peut être apportée au prix, à la suite d'une demande d'éclaircissements en vertu du présent article.
>
> 5. Le paragraphe 4 du présent article ne s'applique pas aux propositions soumises en vertu des articles 48, 49, 50 ou 51 de la présente Loi.
>
> 6. Toutes les communications découlant de l'application du présent article sont versées au procès-verbal."

8. L'article 15 *bis* proposé, dont l'initiative revient à la délégation des États-Unis d'Amérique, traite des mêmes questions que le paragraphe 1 de l'article 42, qui serait donc supprimé, ce qui amènerait à renuméroter les paragraphes suivants de l'article 42, ainsi qu'à modifier la numérotation des articles

auxquels renvoient les paragraphes 5 et 6 actuels dudit article et à remplacer les mots “du paragraphe 1 b) du présent article” figurant actuellement à alinéa b) du paragraphe 3 de l’article 42 par les mots “paragraphe 2 de l’article 15 *bis*”. Eu égard à l’article 15 *bis*, le groupe de rédaction propose aussi que le Guide pour l’incorporation explique plus en détail la différence entre les expressions “modification du prix” et “correction du prix”.

9. **Le Président** considère que l’article 15 *bis* proposé rencontre l’agrément de la Commission.

10. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le groupe de rédaction propose de modifier le libellé du paragraphe 2 de l’article 17 comme suit: “Si l’entité adjudicatrice ouvre une procédure de préqualification, elle fait publier une invitation à participer à la préqualification au niveau international, de sorte que celle-ci soit largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux.”

11. À cet égard, le groupe de rédaction propose de modifier le paragraphe 2 de l’article 32 comme suit: “L’invitation est également publiée au niveau international, de manière à être largement accessible aux fournisseurs ou entrepreneurs internationaux.”

12. **Mme Miller** (observatrice de la Banque mondiale) fait part de ses préoccupations concernant la proposition de modification du paragraphe 2 de l’article 32. Le nouveau texte proposé est moins précis et pourrait aider les entités adjudicatrices à exercer des discriminations à l’encontre des fournisseurs ou entrepreneurs étrangers.

13. Elle espère que, si la Commission accepte la modification proposée, le Guide pour l’incorporation expliquera clairement pourquoi il serait souhaitable de formuler des exigences plus précises concernant la langue et le support choisis pour la publication.

14. **Mme Robert** (observatrice de l’Organisation internationale de droit du développement), soutenant l’intervention de l’observatrice de la Banque mondiale, estime qu’il serait utile de donner dans le Guide pour l’incorporation des informations sur les options s’offrant aux pays qui n’auraient pas les moyens de publier une invitation au niveau international.

15. **Le Président** dit que la proposition de modification s’explique par le fait que le libellé actuel du paragraphe 2 de l’article 32 pourrait laisser entendre que les invitations devraient toujours être formulées en anglais, même si l’entité adjudicatrice estime plus pratique d’utiliser une autre langue.

16. **M. Grand d’Esnon** (France) dit que, en raison du temps limité dont dispose la Commission, la question sous-jacente qui a fait l’objet d’un examen minutieux ne devrait pas être rouverte.

17. **M. D’Allaire** (Canada) suggère que, sous réserve d’en avoir le temps, la Commission aborde les préoccupations des observatrices après l’examen de toutes les propositions du groupe de rédaction.

18. **Le Président** approuve cette suggestion.

19. **M. Phua** (Singapour), soutenu par **M. Li** (Chine), propose que le Guide pour l’incorporation contienne un renvoi à l’article XVII (Transparence) de l’Accord sur les marchés publics de l’OMC de 1994.

20. **Le Président** salue cette proposition.

21. **M. Loken** (États-Unis d’Amérique), rappelant les discussions du groupe de rédaction, dit que le Guide devrait mentionner la publication par voie électronique.

22. **M. Li** (Chine) dit que le Groupe de travail I devrait peut-être examiner le rôle de l’Internet en matière de transparence.

23. **M. Fruhmann** (Autriche), poursuivant la présentation des propositions du groupe de rédaction, dit que ce dernier suggère de modifier le paragraphe 3 de l’article 24 comme suit: “Sous réserve du paragraphe 4 du présent article ou sauf si elle est divulguée conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l’article 41 de la présente Loi, la partie du procès-verbal visée aux alinéas p) à t) du paragraphe 1 du présent article est communiquée sur demande aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté une soumission après qu’ils ont pris connaissance de l’acceptation de la soumission à retenir.”

24. Le groupe de rédaction propose que la seconde phrase du présent texte soit incluse dans le Guide pour l’incorporation, qui devrait aussi indiquer qu’il reviendrait à l’entité adjudicatrice de signaler aux fournisseurs ou entrepreneurs que des informations fournies par eux ont été divulguées à d’autres.

25. M. Fruhmann rappelle, s'agissant de la proposition de modification du paragraphe 3 de l'article 24, qu'il a déjà été décidé que les mots "ainsi qu'au montant des soumissions" seraient supprimés de l'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 24.

26. **Mme Nicholas** (Secrétariat), répondant à une demande d'éclaircissement de **Mme González Lozano** (Mexique), dit que de l'avis du Secrétariat les deux restrictions mentionnées dans le libellé proposé, à savoir "Sous réserve du paragraphe 4 du présent article ou sauf si elle est divulguée conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 41 de la présente Loi" ne se cumulent pas – l'une ou l'autre seulement peut s'appliquer. Le Secrétariat estime que la bonne conjonction devrait être "et", non pas "ou", de sorte que la formule serait "Sous réserve du paragraphe 4 du présent article et sauf si elle est divulguée…".

27. **M. Fruhmann** (Autriche), poursuivant la présentation des propositions du groupe de rédaction, dit que ce dernier suggère de supprimer les mots "et précise" de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 30, car il a été convenu que l'article 10 exigerait seulement une "description détaillée" et non une "description détaillée et précise" de l'objet du marché.

28. Le groupe de rédaction propose que le début de l'alinéa c) de l'article 36 soit modifié comme suit: "Un résumé des critères et procédures…".

29. En réponse à une question posée à ce sujet par **Mme Nicholas** (Secrétariat), M. Fruhmann dit que le groupe de rédaction n'a pas examiné si, dans l'alinéa c) de l'article 36, le résumé se rapporterait uniquement aux "critères et procédures" ou bien aussi aux "pièces", mais qu'à son avis il était question des deux.

30. **Le Président** dit que, si l'intention est d'avoir aussi un résumé des pièces, il faudrait ajouter le mot "des" afin d'obtenir le libellé suivant: "un résumé des critères et procédures ... et des pièces...".

La séance est levée à 12 h 30.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 932e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le jeudi 30 juin 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.932]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **M. Fruhmann** (Autriche), revenant sur les travaux du groupe de rédaction, dit que le groupe est convenu que le paragraphe 2 de l'article 41 devrait être libellé comme suit: "Tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres, ou leurs représentants, sont autorisés par l'entité adjudicatrice à participer à l'ouverture des offres." Le Guide pour l'incorporation devrait expliquer que cette participation peut être soit physique soit virtuelle.

2. À l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 46, le mot "détaillée" devrait être inséré après le mot "description", afin d'harmoniser cette disposition avec le libellé de l'article 10. À l'alinéa d) de l'article 4, les mots "formulé ou exprimé" devraient être remplacés par les mots "formulé et exprimé".

3. Afin d'interdire la modification de l'objet du marché, l'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 47 devrait être formulé comme suit:

> "b) Lorsqu'elle révise les conditions applicables à la passation de marché, elle [l'entité adjudicatrice] ne peut modifier l'objet du marché mais peut préciser des points de la description de ce dernier:
>
> > i) En supprimant ou modifiant tout aspect des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché énoncées initialement, et en ajoutant toute nouvelle caractéristique qui soit conforme aux exigences de la présente Loi;
> >
> > ii) En supprimant ou modifiant tout critère d'examen ou d'évaluation des offres énoncé initialement et en ajoutant tout nouveau critère qui soit conforme aux exigences de la présente Loi, dans la mesure uniquement où cette suppression, cette modification ou cet ajout est rendu nécessaire par la modification des caractéristiques techniques ou qualitatives de l'objet du marché;"

4. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, dans la deuxième partie du sous-alinéa ii) de l'alinéa b), les mots "suppression ou modification" devraient être remplacés par les mots "cette suppression, cette modification ou cet ajout" afin d'assurer une cohérence avec la première partie de ce sous-alinéa.

5. **M. Fruhmann** (Autriche) dit qu'afin de refléter la suppression du paragraphe 1 de l'article 42, les mots "telle que celle-ci est définie à l'alinéa b) du paragraphe 4 de l'article 42", apparaissant à l'alinéa e) du paragraphe 4 de l'article 47, devraient être remplacés par les mots: "telle que celle-ci est définie à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 42".

6. À alinéa d) du paragraphe 5 de l'article 48, les mots "formulé ou exprimé" devraient être remplacés par "formulé et exprimé", ainsi que dans le reste du texte.

7. Le titre de l'article 52 devrait être: "Enchère électronique inversée en tant que méthode de passation de marché autonome" et celui de l'article 53: "Enchère électronique inversée en tant qu'étape précédant l'attribution du marché".

8. Un paragraphe 3 devrait être ajouté à l'article 53, reprenant le texte de l'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 52: "Lorsqu'une évaluation des offres initiales a eu lieu, chaque invitation à l'enchère est également accompagnée du résultat de l'évaluation intéressant le fournisseur ou l'entrepreneur auquel elle est adressée."

9. Au paragraphe 2 de l'article 57, les mots "la préqualification et" devraient être ajoutés après le mot "régissant". Le paragraphe commencerait donc ainsi:

"Les dispositions de la présente Loi qui régissent la préqualification et le contenu...".

10. À l'article 58, un alinéa f) devrait être inséré après l'alinéa e) du paragraphe 1, et être ainsi libellé: "Le mode d'attribution du marché."

11. Au paragraphe 2 de l'article 59, les mots "conformément à" devraient être remplacés par les mots "conformément aux exigences de". L'on a proposé de supprimer l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 59, car les informations contenues dans cet alinéa sont déjà énoncées à l'alinéa b) du paragraphe 3, la numérotation des alinéas d) à h) devant être adaptée en conséquence. Dans le nouveau sous-alinéa ii) de l'alinéa d) du paragraphe 3, l'ancien sous-alinéa ii) de l'alinéa e) du paragraphe 3, les mots "conformément à la présente Loi" devraient être remplacés par les mots "conformément au paragraphe 7 du présent article".

12. Au paragraphe 7 de l'article 59, les mots "et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs qui seront parties à l'accord-cadre fermé de manière non discriminatoire" devraient être ajoutés à la fin de la première phrase, avec un libellé équivalent s'agissant des enchères électroniques inversées à l'article 52.

13. **Mme Nicholas** (Secrétariat) confirme qu'à l'article 52 (Procédures à suivre pour solliciter la participation à une passation de marché par voie d'enchère électronique inversée) les mots "les dispositions de la présente Loi" figurant à l'alinéa k) du paragraphe 1 devraient être remplacés par les mots "paragraphe 2 du présent article" et les mots "et elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs pouvant s'inscrire de manière non discriminatoire" devraient être ajoutés à la fin de la première phrase du paragraphe 2.

14. **M. Fruhmann** (Autriche), se reportant à l'article 62, dit que le titre devrait être reformulé comme suit: "Modifications pendant la durée d'application d'un accord-cadre".

15. S'agissant de l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article 61, le groupe de rédaction n'a pas réussi à s'accorder sur le libellé et il renvoie donc la question à la Commission. Un texte provisoire a cependant été rédigé:

> "a) L'entité adjudicatrice adresse une invitation écrite à présenter des soumissions simultanément:
>
> i) À chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre; ou
>
> ii) Seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui sont alors capables de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché, à condition que dans le même temps toutes les parties à l'accord-cadre soient avisées de la mise en concurrence de la deuxième étape afin qu'elles aient la possibilité d'y participer;"

16. **M. Grand d'Esnon** (France), demandant que le sous-alinéa ii) proposé pour l'alinéa a) soit supprimé, dit que les mots "seulement à chaque partie à l'accord-cadre qui sont alors capables de répondre à ses besoins concernant l'objet du marché" donneraient à l'entité adjudicatrice trop de latitude pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs "capables"; de ce fait, les parties à l'accord-cadre n'auraient aucune certitude d'être invitées à présenter des soumissions.

17. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que sa délégation comprend la préoccupation de la délégation française. Mais sa délégation comprend aussi la préoccupation que la délégation des États-Unis a exprimée au sein du groupe de rédaction, concernant la possibilité qu'un grand nombre de soumissions soient présentées par des fournisseurs et entrepreneurs incapables de répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice. Le texte proposé par le groupe de rédaction tient compte de ces deux inquiétudes et respecte les dispositions de la Loi type concernant la procédure d'appel d'offres restreint. Peut-être pourrait-on aborder la préoccupation de la délégation française dans le Guide pour l'incorporation.

18. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), exprimant son soutien au texte qui vient d'être lu, souligne l'importance d'un fonctionnement efficace des accords-cadres. À cette fin, l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à identifier à l'avance les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre qu'elle considère comme en mesure de répondre à ses besoins, et autorisée à délivrer, à eux seulement, une invitation écrite à présenter des soumissions. Ceci s'applique tout particulièrement aux centrales d'achat qui, dans le cas contraire, devraient traiter avec de nombreuses offres de fournisseurs ou entrepreneurs incapables de répondre à leurs besoins.

19. De l'avis de sa délégation, le texte qui vient d'être lu, et qui prévoit la participation de toutes les parties à l'accord-cadre dans la mise en concurrence de la deuxième étape, aborde effectivement le risque de corruption sous la forme du "copinage".

20. **Le Président** dit que l'on semble convenir que toutes les parties à un accord-cadre seront avisées de la mise en concurrence de la deuxième étape.

21. **M. Fruhmann** (Autriche), manifestant son accord avec le Président, se demande si la version provisoire de l'alinéa a) du paragraphe 4 qu'il a lue est nécessaire.

22. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que le texte provisoire reflète l'approche de compromis qui a été adoptée dans son pays, où l'entité adjudicatrice délivre deux types d'avis: l'avis envoyé aux fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre qui ont été considérés comme "capables", sous la forme d'un courriel qui leur est adressé, tandis que l'avis destiné aux autres parties à l'accord-cadre est posté sur le site Web de l'entité adjudicatrice. Il n'y a donc pas d'ambiguïté sur les fournisseurs ou entrepreneurs invités à présenter des soumissions.

23. **M. Grand d'Esnon** (France) dit que les fournisseurs ou entrepreneurs qui ne sont pas considérés comme "capables" ne devraient pas être tenus de vérifier un site Web pour y trouver des avis.

24. **Le Président**, attirant l'attention sur les mots "à condition que dans le même temps toutes les parties à l'accord-cadre soient avisées de la mise en concurrence de la deuxième étape afin qu'elles aient la possibilité d'y participer", figurant dans la version provisoire de l'alinéa a) du paragraphe 4, dit que cette phrase indiquait clairement que les avis de mise en concurrence de la deuxième étape seraient communiqués directement aux fournisseurs ou entrepreneurs et non simplement postés sur des sites Web. Les moyens de communication de ces avis pourraient être examinés dans le Guide.

25. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, quelle que soit la solution adoptée, le Guide notera que les accords-cadres devraient énoncer clairement les critères et les procédures d'identification des fournisseurs ou entrepreneurs "capables".

26. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) suggère que, par souci de spécificité, les accords-cadres contiennent des codes de produits ou de services, afin que seuls les fournisseurs ou entrepreneurs capables d'offrir exactement les produits ou services indiqués reçoivent des invitations à présenter des soumissions. Cela éviterait que la capacité des fournisseurs ou entrepreneurs à répondre aux besoins de l'entité adjudicatrice fasse l'objet d'évaluations subjectives.

27. **M. Grand d'Esnon** (France) dit que la solution la plus simple serait de n'utiliser que la première partie de l'alinéa a) du paragraphe 4, tel qu'originellement rédigée: "L'entité adjudicatrice adresse une invitation écrite à présenter des soumissions simultanément à chaque fournisseur ou entrepreneur partie à l'accord-cadre;". Sa délégation pourrait se ranger au texte provisoire qui venait d'être lu, bien que le sous-alinéa ii) de l'alinéa a) du paragraphe 4 semble superflu et quelque peu complexe.

28. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) demande des éclaircissements au sujet de la forme que prendraient les avis envoyés aux fournisseurs ou entrepreneurs "incapables". Sa délégation n'a pas interprété le texte provisoire comme signifiant que des avis individuels devraient être envoyés à toutes les parties à l'accord-cadre.

29. **M. Grand d'Esnon** (France) dit que le texte provisoire n'est pas clair sur ce point. Afin d'éviter de rouvrir la discussion sur l'alinéa a) du paragraphe 4 de l'article 61 pendant le travail sur le Guide, la Commission devrait décider s'il serait bon que la Loi type prévoie différents types d'avis.

30. **M. Fruhmann** (Autriche) rappelle que les moyens de communication électroniques permettent de transmettre automatiquement des avis individuels à toutes les parties aux accords-cadres pour un coût relativement modique, même lorsque le nombre d'avis est très important.

31. **Le Président** dit que la question de la nature et du contenu des avis aux parties aux accords-cadres est complexe et ne devrait pas être abordée dans la Loi type, en particulier parce que ces avis pourraient être traités de différentes façons dans les années à venir. Cette question nécessite qu'à la lumière de la mise en œuvre de la Loi type des solutions envisageables soient élaborées.

32. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il est important que l'entité adjudicatrice soit autorisée à envoyer des avis à une catégorie restreinte de

fournisseurs ou entrepreneurs définie sur la base de critères clairs, afin que ni l'entité adjudicatrice ni les fournisseurs ou entrepreneurs ne subissent des coûts excessifs.

33. **Le Président** dit que le Guide devrait indiquer que les façons de communiquer les avis peuvent être nombreuses; qu'il faudrait réfléchir aux coûts potentiels de ces communications; et qu'il revenait à l'entité adjudicatrice de décider de la forme que prendrait l'avis.

34. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que le groupe de rédaction a proposé le libellé suivant pour le titre du chapitre VIII: "Procédures de contestation" et, pour le titre de l'article 63, le libellé: "Droit de contestation".

35. Le groupe a proposé que le paragraphe 1 de l'article 63 se termine par les mots "cette décision ou cet acte", et soit donc libellé comme suit: "Le fournisseur ou l'entrepreneur qui déclare avoir subi ou pouvoir subir une perte ou un dommage en raison d'une décision ou d'un acte de l'entité adjudicatrice qu'il estime non conforme aux dispositions de la présente Loi peut contester cette décision ou cet acte."

36. Le paragraphe 2 serait alors ainsi libellé: "Une procédure de contestation peut être engagée en introduisant une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 65 de la présente Loi, une demande en révision auprès de l'instance indépendante en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou un appel auprès du […]". Le groupe de rédaction a estimé qu'il n'avait pas à se pencher sur le contenu entre crochets, relatif au recours judiciaire, tant que la Commission n'aurait pas décidé de conserver, ou non, l'article 69. Le groupe a proposé qu'apparaisse dans le Guide une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "L'État adoptant peut s'il le souhaite ajouter des dispositions régissant la succession des demandes et permettre à une instance indépendante ou à un tribunal d'examiner une demande en révision; la demande de réexamen peut être suivie d'une demande en révision ou d'une demande de recours judiciaire, conformément à la législation interne incorporant la Loi type." On laisserait donc à l'État adoptant le soin de décider de l'ordonnancement des demandes et de l'instance ou des instances de recours auprès desquelles ces appels devraient être formés.

37. **M. D'Allaire** (Canada) dit que si le paragraphe 2 tel qu'initialement rédigé est supprimé, il sera difficile de supprimer l'article 69. Il serait logique d'intégrer l'article 69 dans l'article 63.

38. Il demande si le paragraphe 2 figurerait entre crochets.

39. **M. Fruhmann** (Autriche) dit que, au vu du contenu des articles 64 à 69, il pourrait être sage de mettre entre crochets une partie du paragraphe 2 proposé, pour indiquer le caractère optionnel de la disposition et des décisions que l'État adoptant pourrait devoir prendre lors de la mise en œuvre de la Loi type. Il propose de mettre entre crochets la partie du paragraphe 2 suivant les mots "Une procédure de contestation peut être engagée en introduisant".

40. S'agissant de l'article 64, le groupe de rédaction a proposé le titre: "Effet d'une contestation" et de modifier le chapeau du paragraphe 1 comme suit: "L'entité adjudicatrice ne prend aucune mesure qui entraînerait l'entrée en vigueur d'un marché ou d'un accord-cadre dans la procédure de passation de marché concernée".

41. Le groupe a proposé que l'alinéa b) du paragraphe 1 soit scindé en deux alinéas comme suit:

> "b) Lorsqu'une demande en révision lui est notifiée par le [nom de l'instance indépendante] conformément à l'article 66-5 b); ou
>
> c) Lorsqu'une demande ou un appel lui est notifié par le [nom du ou des tribunaux]."

42. Il a proposé que le paragraphe 2 soit modifié comme suit "L'interdiction visée au paragraphe 1 prend fin à l'expiration d'un délai de ... jours ouvrables [l'État adoptant précise le délai] après que la décision de l'entité adjudicatrice, du [nom de l'instance indépendante] ou du [nom du ou des tribunaux] a été communiquée au demandeur ou à l'appelant selon le cas, à l'entité adjudicatrice le cas échéant, et à tous les autres participants à la procédure de contestation." Le Guide devrait expliquer l'expression "participants à la procédure de contestation" et note que l'État adoptant pourrait souhaiter utiliser une autre expression pour désigner les parties ayant un intérêt suffisant pour participer à la procédure de contestation.

43. Le groupe de rédaction a proposé de supprimer les mots “ou à l’appelant selon le cas” et “ou d’appel” à l’alinéa b) du paragraphe 3.

44. Aux paragraphes 4 et 7 de l’article 65, les mots “devant le [nom de l’instance indépendante] en vertu de l’article 66 de la présente Loi ou le [nom du ou des tribunaux]” devraient apparaître entre crochets afin de souligner qu’il s’agit d’options.

45. Le groupe de rédaction a proposé de supprimer dans le titre de l’article 66 et tout au long de cet article toutes les références aux appels et toutes les occurrences des mots “ou à l’appelant selon le cas”, car cet article ne traitait que des recours devant des instances indépendantes, et n’abordait pas les appels. La note de bas de page se rapportant au titre de l’article devrait être incorporée au Guide, après amélioration de son libellé.

46. Au paragraphe 1, les mots “et peut aussi faire appel, devant cette instance, d’une décision rendue par l’entité adjudicatrice en application de l’article 65 de la présente Loi” devraient être supprimés.

47. Le groupe de rédaction a proposé de supprimer les mots “Les appels contre les décisions rendues par l’entité adjudicatrice en application de l’article 65 de la présente Loi, ou”, figurant à l’alinéa d) du paragraphe 2; l’alinéa commencerait donc par les mots “les demandes en révision motivées par le fait que [l’entité] n’a pas”. De plus, les mots “après que la décision de l’entité a été ou aurait dû être communiquée à l’appelant conformément aux” devraient être reformulés comme suit: “après que la décision de l’entité a été ou aurait dû être communiquée au demandeur conformément aux”.

48. Les notes 8 et 9 devraient être transférées dans le Guide, après amélioration de leur libellé.

49. Les mots “conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article” devaient être ajoutés à la fin de l’alinéa a) du paragraphe 5.

50. Le paragraphe 8 devrait être modifié comme suit: “Dès qu’elle reçoit la notification visée au paragraphe 5 b) du présent article, l’entité adjudicatrice donne à [nom de l’instance indépendante] accès à tous les documents en sa possession qui se rapportent à la procédure de passation de marché, d’une manière appropriée aux circonstances.” Le Guide devrait expliquer comment l’accès physique ou virtuel aux documents pourrait être assuré, et que les documents pertinents pourraient être fournis par étapes; par exemple, l’entité adjudicatrice pourrait fournir à l’instance saisie une liste de documents dans laquelle cette instance pourrait choisir lesquels lui sont nécessaires.

51. Les alinéas a) et b) du paragraphe 9 devraient être modifiés comme suit:

> “a) Interdire à l’entité adjudicatrice de prendre une décision ou un acte ou d’appliquer une procédure contraires aux dispositions de la présente Loi;
>
> b) Exiger que l’entité adjudicatrice ayant agi ou procédé d’une manière contraire aux dispositions de la présente Loi agisse, procède ou se prononce conformément aux dispositions de la présente Loi;”.

52. L’on a proposé de reformuler comme suit l’alinéa c) du paragraphe 9: “Annuler en tout ou en partie un acte ou une décision de l’entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi (à l’exception de tout acte ou toute décision entraînant l’entrée en vigueur du marché ou de l’accord-cadre);”.

53. L’alinéa d) du paragraphe 9 devrait être modifié comme suit “Réviser une décision de l’entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi (à l’exception de tout acte ou toute décision entraînant l’entrée en vigueur du marché ou de l’accord-cadre);”.

54. Il conviendrait d’ajouter un alinéa supplémentaire, l’alinéa e) du paragraphe 9, qui se lirait: “Confirmer une décision de l’entité adjudicatrice;”, les alinéas e) à i) tels qu’ils apparaissent dans le document A/CN.9/729/Add.8 devenant les alinéas f) à j). Dans l’alinéa f) renuméroté, le mot “illégalement” serait remplacé par les mots “d’une manière contraire aux dispositions de la présente Loi”.

55. La totalité des alinéas c) à f) devrait apparaître entre crochets afin d’indiquer que ces alinéas contiennent des dispositions optionnelles.

56. L’alinéa i) renuméroté devrait être formulé comme suit: “Exiger le versement d’un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l’entrepreneur qui a formé une demande du fait d’un acte, d’une décision

ou d'une procédure de l'entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi durant la procédure de passation du marché, et pour toute perte ou tout dommage subi[, ledit dédommagement se limitant soit aux coûts de l'établissement de la soumission, soit aux coûts afférents à la demande, soit à l'ensemble de ces coûts];".

57. Au paragraphe 10, les mots "procédure de contestation ou d'appel" devraient être remplacés par les mots "demande en révision".

58. À l'article 67, toute référence à l'"appel" devrait être supprimée dans le titre et dans l'ensemble de l'article. Au paragraphe 3 de la version anglaise, les mots "relevant challenge or appeal" devraient également être supprimés.

59. À l'article 68, les mots "ou d'appel" devraient être supprimés dans le titre ainsi que dans le texte de l'article.

60. Toutes les notes du document A/CN.9/729/Add.8 devraient être supprimées, et une nouvelle note renvoyant au chapitre dans son ensemble inciterait les État adoptants à examiner les différentes options expliquées dans le Guide.

61. L'article 69 qui, de l'avis de la Commission, soulève une importante question, reste à discuter.

62. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), se reportant au libellé proposé pour l'alinéa d) du paragraphe 9 de l'article 66, dit n'avoir connaissance d'aucune conclusion visant à supprimer les mots "ou lui substituer sa propre décision" figurant dans le document A/CN.9/729/Add.8.

63. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat croit avoir compris au travers des discussions du groupe de rédaction que, selon ce dernier, la révision par l'instance indépendante d'une décision prise par l'entité adjudicatrice impliquerait que cette décision soit remplacée par une décision de l'instance indépendante dans la mesure où ce remplacement serait nécessaire.

64. **Le Président** estime que la Commission est convenue de la suppression des mots en question et qu'elle acceptait donc le libellé proposé pour l'alinéa d) du paragraphe 9 de l'article 66.

65. **M. Grand d'Esnon** (France) dit que le groupe de rédaction avait envisagé de supprimer l'article 69 si l'article 63 fournissait la possibilité de faire appel et donc d'accéder au recours judiciaire. Puisque le libellé proposé pour le paragraphe 2 de l'article 63 semblait offrir cette possibilité, sa délégation était favorable à la suppression de l'article 69.

66. **M. D'Allaire** (Canada) dit que l'article 69 ne devrait pas être supprimé sauf si l'article 63 imposait à l'État adoptant d'autoriser non seulement les contestations, mais aussi les appels.

67. Il propose de conserver le libellé initial du paragraphe 2 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/729/Add.8, et d'ajouter le paragraphe 2 proposé en tant que paragraphe 3, en ajoutant les mots "nom du ou des tribunaux" entre crochets.

68. **Le Président** dit que, si le chapitre VIII devait refléter la nécessité de prévoir les appels en insérant des renvois "au tribunal ou aux tribunaux" entre crochets, ce chapitre ne traitait pas, en lui-même, des appels. C'est pourquoi il estime que l'article 69 et le libellé original du paragraphe 2 de l'article 63 devraient être supprimés.

69. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que selon ce qu'elle comprenait de la proposition que venait de faire le représentant du Canada, la requête en première instance devant un tribunal faisait partie des options qui, en vertu de l'article 63, s'offriraient au fournisseur ou à l'entrepreneur.

70. Elle propose le libellé suivant pour le paragraphe 2 de cet article: "Une procédure de contestation peut être engagée en introduisant [une demande de réexamen auprès de l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 65 de la présente Loi, une demande en révision auprès de l'instance indépendante en vertu de l'article 66 de la présente Loi ou une demande ou un appel auprès de [nom du tribunal]]." Il reviendrait alors à l'État adoptant de décider de l'ordonnancement des demandes, et de dire si la demande et l'appel pouvaient être introduits devant un tribunal. Le Secrétariat croyait comprendre que la Commission souhaitait que la Loi type offre les deux possibilités.

71. **Le Président** estime que la Commission souhaiterait peut-être accepter la proposition du Secrétariat et supprimer l'article 69, la discussion de la Commission étant reflétée dans le Guide.

72. **Mme Miller** (observatrice de la Banque mondiale) dit qu'il faut s'attendre à des confusions si la Loi type contient une référence au droit de recours judiciaire mais n'est dotée d'aucune disposition reconnaissant expressément ce droit. Il est important que la Loi type contienne une telle disposition; la question est trop cruciale pour être réduite à une explication dans le Guide. Elle souhaite donc que l'article 69 soit conservé.

73. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, dans le libellé qu'elle venait de proposer pour le paragraphe 2 de l'article 63, les choix à la disposition du fournisseur ou de l'entrepreneur apparaîtraient entre crochets, ce qui indiquerait que les États adoptants devraient se reporter au Guide pour trouver des explications sur ces options. Le Guide expliquerait clairement que les procédures de contestation concernent aussi bien les requêtes en première instance que les appels.

74. **Le Président** estime important que la Loi type ne dicte pas aux États adoptants le type de mécanisme de recours qu'ils devraient adopter. Cependant, le Guide devrait préciser que la possibilité de l'appel doit être réelle et conforme aux impératifs internationaux.

75. **M. D'Allaire** (Canada) dit qu'à son avis, les mots entre crochets du paragraphe 2 de l'article 63 proposé n'indiquaient pas clairement que l'État adoptant était tenu de prévoir à la fois les requêtes en première instance et les appels. Cependant, sa délégation ne voyait pas d'objection à l'idée que la question soit abordée dans le Guide.

76. **M. Grand d'Esnon** (France) dit que l'article 63 devrait dire expressément que les État adoptants doivent prévoir un mécanisme d'appel; le texte proposé n'allait pas dans ce sens.

77. **Le Président** dit que, si l'article 63 ne clarifiait pas cette question, les références aux appels et aux appelants, que la Commission avait apparemment décidé de supprimer tout au long du chapitre VIII, devraient être réintroduites.

78. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que, si l'on devait comprendre que les procédures de contestation incluaient la possibilité de saisir un tribunal, la remise en place du libellé initial du paragraphe 2 de l'article 63 signifierait que la Loi type devait prévoir les recours contre les jugements des tribunaux. La Loi type ne devrait pas prévoir cela.

79. **Le Président** propose, pour clarifier la distinction entre le droit de contester et le droit d'interjeter appel, tout en évitant également le problème souligné par le représentant des États-Unis, que le libellé du paragraphe 2 de l'article 63 proposé par le Secrétariat soit conservé, et que le libellé original du paragraphe 2 figurant dans le document A/CN.9/729/Add.8 apparaisse entre crochets en tant que paragraphe 3. Le libellé original du paragraphe 2 ne pourrait être interprété comme prévoyant le droit de former un recours contre une décision judiciaire puisque les articles 65 et 66 ne traitaient que des demandes auprès de l'entité adjudicatrice et auprès d'une instance indépendante.

80. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) dit que cette solution serait acceptable dans la mesure où le Guide aborderait le fait que les mesures qu'un fournisseur ou un entrepreneur pouvaient prendre variaient d'un pays à l'autre; par exemple, le fournisseur ou l'entrepreneur pouvait être en mesure d'interjeter directement appel contre une décision de l'entité adjudicatrice, ou bien se voir imposer de demander à une instance indépendante d'examiner sa cause avant de pouvoir interjeter appel; d'autres fois, il pouvait se trouver en mesure de saisir un tribunal sans aucun examen administratif.

81. **Le Président** estime que la solution proposée est acceptable pour la Commission.

82. Rappelant qu'il y avait eu quelques discussions sur la question de savoir s'il convenait de conserver les notes dans le projet de loi type révisée, il dit que, puisque d'autres Lois types adoptées par la Commission contenaient habituellement des notes, les notes du projet de loi type révisée qui n'avaient pas été supprimées demeureraient.

83. Se penchant sur les questions rédactionnelles, il rappelle la proposition que toutes les dispositions optionnelles apparaissent entre crochets. Il conclut que la Commission souhaiterait peut-être voir le Secrétariat traiter en conséquence les dispositions concernées, et aussi prendre en charge la numérotation des éventuelles dispositions "*bis*".

84. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que le Secrétariat limiterait au maximum les modifications rédactionnelles. La cohérence des formulations serait en effet examinée – concrètement, par exemple, avec le remplacement du mot "aspects", utilisé dans un certain nombre de dispositions pour renvoyer à des

caractéristiques techniques ou qualitatives, par le mot “caractéristiques”.

85. **M. Piedra** (observateur de l’Équateur) dit qu’il souhaiterait faire quelques commentaires, et apprécierait que le Guide pour l’incorporation s’en fasse l’écho.

86. L’Équateur reconnait les efforts énormes consacrés toutes ces dernières années à la révision de la Loi type et salue le fait que le projet de loi type révisée reflète l’expérience et les préoccupations de nombreux pays. L’Équateur estime que, lorsqu’ils s’engagent dans des marchés publics, les États devraient tenir compte des différents niveaux de développement des autres États et garder à l’esprit les principes de la responsabilité sociale et environnementale. La communauté internationale devrait respecter le fait que, pour les pays moins avancés, les investissements publics restent cruciaux pour la promotion du développement économique et, en particulier, pour le développement du secteur de la production et des petites et moyennes entreprises. Pour ces pays, les marchés publics ne sont pas simplement un moyen de promouvoir le commerce international.

87. Le projet de loi type révisée devrait être compris comme un outil pouvant être adapté au contexte et au niveau de développement de chaque pays, et il devrait être mis en œuvre conformément à la situation économique et sociale de chaque pays afin d’éviter des conséquences négatives pour les pays moins avancés.

88. L’Équateur souhaite que la CNUDCI tienne compte de ses préoccupations et ne tente pas d’obtenir, au niveau bilatéral ou multilatéral, une incorporation globale du projet de loi type révisée dans la législation nationale de tous les pays, en particulier dans le cadre des négociations commerciales internationales auxquelles participent les pays moins avancés.

89. En dépit de ces préoccupations, l’Équateur approuve pleinement les principes de transparence, d’efficacité et de qualité dans le domaine des marchés publics.

90. **Le Président** dit que le Secrétariat a pris note de ces derniers commentaires.

La séance est levée à 17 h 5.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*)

Compte rendu analytique de la 933e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le vendredi 1er juillet 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.933]

Président par intérim: M. Wiwen-Nilsson (Suède)

La séance est ouverte à 9 h 50.

Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (*suite*) (A/CN.9/729 et Add.1 à 8)

1. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics telle que lue tout au long des précédentes séances de la session en cours.

2. *Il en est ainsi décidé*.

Élaboration d'un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

3. **Le Président** appelle des commentaires sur la marche à suivre en vue d'adopter un guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

4. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, avant la prochaine session de la Commission, le Secrétariat pourrait continuer de tenir des consultations informelles avec des experts pour finaliser le projet de texte des documents A/CN.9/731 et Add.1 à 9. De plus, le Groupe de travail I pourrait examiner le projet de texte pendant une ou deux sessions plus tard en 2011 et/ou au début de 2012. En outre, il pourrait approfondir davantage les questions susceptibles de se poser dans certaines régions.

5. S'agissant de questions comme celles relatives aux marchés de la défense, et compte tenu des commentaires relatifs aux objectifs de la Loi type dans des articles de revues spécialisées, la Commission souhaitera peut-être prendre les devants pour faire en sorte que les commentaires du Guide concordent avec ces objectifs.

6. La Commission voudra peut-être envisager la publication du Guide sous forme électronique de sorte qu'il puisse être un document vivant, actualisé pour refléter les apports des experts sur l'application de la Loi type et l'évolution des pratiques commerciales.

7. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), soutenu par **M. D'Allaire** (Canada), **M. Fruhmann** (Autriche), **M. González** (Argentine) et **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), dit que sa délégation n'approuve pas l'idée de deux sessions du Groupe de travail I pour finaliser le projet de guide; une grande partie de ce travail pouvait être faite lors des réunions d'experts. Sa délégation serait favorable à une session du Groupe de travail I au début de 2012 ou immédiatement avant la quarante-cinquième session de la Commission.

8. **M. D'Allaire** (Canada) juge important de préserver les connaissances accumulées tout au long des sept années de travail sur la Loi type et demande au Secrétariat de soumettre à l'examen de la Commission des propositions de travaux futurs, en indiquant des priorités. Dans le domaine des marchés publics, il aimerait voir des travaux s'engager à nouveau sur la question des partenariats entre secteur public et secteur privé.

9. S'agissant de la finalisation du projet de guide, les considérations budgétaires dicteront probablement le nombre des sessions du Groupe de travail I. Le Secrétariat pourrait éventuellement préparer un projet de guide finalisé en consultation avec des experts pour le soumettre aux membres de la Commission bien avant sa quarante-cinquième session.

10. **M. Fruhmann** (Autriche) estime très important de finaliser le Guide; des experts pourraient assister le Secrétariat dans cette tâche.

11. Sa délégation souhaiterait que le Guide soit un document vivant, pour lequel des mises à jour pourraient être soumises à l'agrément de la Commission.

12. **Le Président** note que les dates proposées pour une éventuelle session du Groupe de travail I en 2012 sont celles du 27 février au 2 mars à Vienne, ou bien du 9 au 13 avril à New York.

13. **M. Fruhmann** (Autriche) fait observer que le 9 avril 2012 serait le lundi de Pâques.

14. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le lundi de Pâques ne sera pas férié à New York.

15. **M. Grand d'Esnon** (France) dit qu'à son avis deux sessions au moins du Groupe de travail I seraient nécessaires pour finaliser le projet de guide. Des réunions d'experts seraient utiles mais n'accélèreraient pas le processus.

16. S'agissant des travaux futurs, il pense que la question des partenariats entre secteur public et secteur privé pourrait être utilement revisitée.

17. **M. González** (Argentine) dit, s'agissant des travaux futurs de la Commission, que cette dernière a besoin d'une vue d'ensemble de sa situation budgétaire pour décider combien de groupes de travail tiendront combien de sessions.

18. Sa délégation estime que le Guide pour l'incorporation, qui devrait être un document vivant, pourrait être finalisé grâce à des consultations d'experts.

19. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit que la Loi type révisée sera particulièrement importante pour les pays d'Amérique centrale, où des efforts énormes de lutte contre la corruption sont en cours.

20. Le Secrétariat devrait faire appel aux contributions d'experts pour la finalisation du Guide pour l'incorporation.

21. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que qu'il serait prématuré de tenir en 2011 une session du Groupe de travail I. Il propose de convoquer une "réunion de travail", qui serait plus souple – et moins exigeante en matière de services linguistiques – qu'un groupe de travail. La "réunion de travail" pourrait se tenir au début de 2012, et éventuellement juste avant la quarante-cinquième session de la Commission.

22. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique) invite les membres de la Commission à participer à un bloc-notes en ligne consacré à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

23. **M. Díaz y Pérez Duarte** (Mexique) dit que la finalisation du projet de guide pour l'incorporation devrait être la toute première priorité.

24. Le Guide devrait être un document vivant mis à jour périodiquement. Il en va de même d'autres textes de la Commission, comme le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

25. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que, même si le Guide est publié sous forme électronique, la Commission pourra en contrôler le processus de mise à jour.

26. **Mme Keyte** (Royaume-Uni) dit que les services à assurer pour une session du Groupe de travail I sur le Guide absorberaient une grande partie des ressources très limitées dont dispose la Commission. Il faudrait tenir compte, par exemple, de l'idée de convoquer une "réunion de travail" avant ou pendant la session 2012 de la Commission. Mme Keyte estime qu'il n'est pas souhaitable d'envisager des réunions en 2011.

27. **M. Grand d'Esnon** (France) dit qu'un consensus grandissant semble se dégager contre la tenue de réunions sur le Guide en 2011; sa délégation se rangera à un tel consensus. Cependant, si aucune réunion ne se tient avant le début de 2012, la Commission ne sera pas en mesure de finaliser le projet de guide dans le courant de cette année-là.

28. **Le Président** ne voit pas bien la différence entre un groupe de travail et une "réunion de travail".

29. **M. d'Allaire** (Canada) explique que les différences entre un groupe de travail et un groupe d'experts, ou "réunion de travail", sont considérables. Par exemple, un groupe de travail bénéficie d'importants services de conférence et les membres représentent leur pays. Les experts mènent leurs discussions dans la langue qui leur convient le mieux et agissent à titre personnel.

30. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), marquant son accord avec le représentant du Canada, dit qu'une réunion de groupe de travail revêt un caractère intergouvernemental, tandis que les réunions d'experts ne bénéficient que de services de conférence très limités, car ceux-ci dépendent de la situation financière du moment.

31. **Le Président** dit que qu'il est cependant favorable à une session du Groupe de travail I, car

d'importantes questions touchant au Guide pour l'incorporation restent à résoudre.

32. Il suggère que le Secrétariat soit prié de préparer un document sur les activités futures de la Commission.

33. **M. Fruhmann** (Autriche) s'inquiète d'une éventuelle absence totale de sessions du Groupe de travail I dans les premiers mois de 2012. S'il n'y a que des réunions d'experts, il est probable qu'aucun des nouveaux textes à examiner ne sera disponible dans toutes les langues officielles de l'ONU.

34. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) confirme que seuls les groupes de travail de la Commission peuvent bénéficier de services complets de traduction et d'interprétation.

35. **M. González** (Argentine) dit que le Guide n'est qu'un texte explicatif, sans force juridique, et que l'on ne peut justifier le déplacement en avion de représentants nationaux dans le but de travailler sur un projet de texte, en particulier dans le cas des pays en développement.

36. **Le Président** fait observer que la Loi type n'a pas non plus valeur juridique; les États peuvent s'en inspirer comme bon leur semble. Le projet de guide pour l'incorporation contient des éléments très importants relatifs à des principes sur lesquels la Commission n'a pas réussi à trancher.

37. **M. Wallace** (États-Unis d'Amérique) dit que, si des réunions sur le projet de guide doivent se tenir au début de 2012, le texte devra être aussi définitif que possible, et traduit dans les six langues officielles de l'ONU.

38. S'agissant des activités futures, le Secrétariat pourrait peut-être préparer un document sur les initiatives de financements privés apportés aux partenariats entre secteur public et secteur privé.

La séance est suspendue à 11 h 10; elle est reprise à 11 h 55.

39. **Le Président** dit que, lors des consultations informelles, certaines délégations ont proposé la tenue, à la fin de 2011, d'une session du Groupe de travail I sur le projet de guide pour l'incorporation révisé. Il n'est cependant pas possible de modifier les dates de la session du Groupe de travail I programmée pour la semaine commençant le 17 octobre 2011, ce qui est un peu tôt puisque le Secrétariat devrait avoir achevé ses préparatifs le 10 août au plus tard. Il vaudrait mieux que le Secrétariat dispose de plus de temps pour finaliser le texte du projet de guide révisé et préparer des notes sur les questions que la Commission pourrait souhaiter approfondir dans l'avenir. En conséquence, l'idée qu'une session du Groupe de travail I se déroule début 2012, provisoirement du 27 février au 2 mars 2012, était plus réaliste.

40. **M. González** (Argentine) dit que sa délégation a besoin de plus de temps pour réfléchir à la question. Une décision pourrait être prise éventuellement la semaine suivante à la lumière de la situation financière globale de la Commission, de la situation au regard du financement et du lieu des réunions, et de l'éventuelle création de nouveaux groupes de travail.

41. **M. Li** (Chine) dit que, sans adoption d'un guide pour l'incorporation, le travail sur la Loi type ne pourra être considéré comme terminé. Il estime donc que le Groupe de travail I devrait se réunir plus tard en 2011, comme prévu. Cependant, il est probable que la finalisation du Guide nécessitera un certain nombre de sessions, et que des contraintes budgétaires empêcheront les pays en développement d'envoyer des délégations à toutes les sessions. Les consultations informelles pourraient être la solution.

42. **M. León Vargas** (Mexique) suggère d'intervertir le créneau du 17-21 octobre 2011 et le créneau du 14-18 novembre 2011, qui est réservé au Groupe de travail III, pour donner au Secrétariat du temps supplémentaire pour ses préparatifs, sans créer de problème financier.

43. Le représentant du Mexique précise toutefois que sa délégation n'est pas entièrement convaincue de la nécessité d'une session du Groupe de travail I.

44. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) estime que la seule solution est d'intervertir les créneaux. Le créneau disponible le plus tardif est celui du 12-16 décembre 2011, réservé pour la réunion du Groupe de travail VI; cependant, le Groupe de travail VI est sur le point de conclure ses travaux et ne devrait pas se voir contraint de se réunir avant décembre 2011.

45. Un échange de créneaux avec le Groupe de travail III créerait certes d'autres problèmes, mais donnerait au Secrétariat quatre semaines de plus pour préparer la session du Groupe de travail I.

46. **Le Président** considère que la Commission souhaite que le Groupe de travail I se réunisse en session soit fin 2011 soit au début de 2012, en fonction de la programmation des autres réunions.

47. **M. González** (Argentine) dit que, comme l'a souligné le représentant du Mexique, la tenue d'une session du Groupe de travail I en novembre 2011 ne créerait pas de problèmes financiers; la tenue d'une session du Groupe de travail I au début de 2012 aurait l'effet inverse.

Travaux futurs

48. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit que les travaux futurs de la Commission dans le domaine des marchés publics comportent deux aspects.

49. Le premier est la promotion et l'application de la Loi type révisée, que la Commission souhaitera peut-être envisager à la lumière des paragraphes 2 à 6 du dispositif du projet de décision portant adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/XLIV/CRP.2). La promotion de la Loi type révisée soulève des questions logistiques et budgétaires, car la promotion des textes de la CNUDCI se fait essentiellement au travers de conférences, de publications et de projets d'assistance technique.

50. Avec la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), le Secrétariat travaille à promouvoir la Loi type révisée dans les pays de la Communauté d'États indépendants (CEI) et en Mongolie. La Commission souhaitera peut-être examiner, ou demander au Groupe de travail I d'examiner, ce que le Secrétariat devrait faire d'autre et quelles informations du Guide révisé auraient besoin d'être actualisées régulièrement.

51. Pendant la semaine suivante, la Commission souhaitera peut-être aussi examiner comment le Secrétariat devrait continuer de promouvoir le nombre croissant de textes de la CNUDCI compte tenu de la diminution des ressources disponibles. Il serait peut-être utile à cet égard que les États examinent comment ils pourraient appuyer la promotion et l'application de la Loi type révisée.

52. Du fait que les États ne sont pas tenus d'informer le Secrétariat qu'ils ont adopté les textes de la CNUDCI, le Secrétariat risque fort de s'avérer mal informé de l'étendue de l'usage fait de la Loi type révisée. Il faut le déplorer, car il serait bon que le Secrétariat sache, par exemple, comment les dispositions de la Loi type révisée sont interprétées par les instances administratives de recours et les tribunaux dans différents États. Une telle connaissance serait utile à la Commission si elle décidait de réfléchir à la meilleure façon de promouvoir une interprétation uniforme de la Loi type révisée.

53. L'autre aspect des travaux futurs de la Commission dans le domaine des marchés publics tient au fait que de nombreuses normes aux niveaux international et régional peuvent s'appliquer dans ce domaine, et un État adoptant pourrait devoir examiner de nombreux textes lorsqu'il décidera de la manière d'améliorer sa législation sur les marchés publics. Le Secrétariat pourrait se voir charger de coopérer avec d'autres organes participant à la réforme du droit des marchés publics pour déterminer comment l'on pourrait parvenir à harmoniser ces normes, notamment par l'utilisation de la Loi type révisée, et de faire rapport en temps opportun à la Commission.

54. Enfin, Mme Nicholas exprime l'espoir que les membres de la Commission par ailleurs donateurs majeurs auront eux-mêmes à cœur d'utiliser la Loi type révisée lorsqu'ils s'engageront dans des activités de marchés publics faisant intervenir d'autres États.

Élection du Bureau (*reprise des débats*)

55. **Le Président** dit que la délégation du Honduras a proposé la candidature de M. Sánchez Mejorada y Velasco (Mexique) au poste de Vice-Président de la Commission et qu'il a été suggéré, compte tenu de sa profonde connaissance des questions considérées, que M. Sánchez Mejorada y Velasco préside la Commission pendant l'examen du point 5 de l'ordre du jour – Finalisation et adoption des textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

56. *M. Sánchez Mejorada y Velasco (Mexique) est élu Vice-Président par acclamation*.

Projet de décision portant adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics (A/CN.9/XLIV/CRP.2) (*reprise du débat*)

57. **M. Yukins** (États-Unis d'Amérique), attirant l'attention sur les mots "novel issues and practices"

dans le cinquième alinéa du préambule, souligne qu'en anglais le mot "novel" désigne le caractère "nouveau" mais aussi "inhabituel" ou "hors de l'ordinaire" et est donc susceptible d'être mal interprété. Il propose de supprimer le mot "novel" ou de le remplacer par le mot "new" (nouvelles).

58. **M. González** (Argentine), se référant au texte en espagnol, propose de remplacer au paragraphe 3 du dispositif "apliquen" par "consideren aplicar" et "estudien" par "consideren estudiar".

59. **Le Président**, commentant la deuxième proposition de modification, dit que si la proposition était acceptée, les mots "give favourable consideration to" du texte en anglais pourraient probablement rester inchangés.

60. **Mme González Lozano** (Mexique), se référant aux modifications proposées par le représentant de l'Argentine, dit qu'une recommandation selon laquelle les États devraient seulement "envisager d'utiliser" la Loi type reviendrait à édulcorer considérablement le projet de résolution. En tout état de cause, la teneur du paragraphe n'est qu'une simple recommandation, et non une exigence. À son avis, le paragraphe 3 devrait être laissé en l'état.

61. **Le Président**, soulignant que "use" dans le texte en anglais a été traduit par "apliquen" ("appliquent") dans le texte en espagnol, se demande si "apliquen" pourrait être compris comme "application" dans le sens de "incorporation".

62. **M. González** (Argentine) dit que le groupe de rédaction a initialement songé à utiliser les termes "Invite" ou "Encourage" plutôt que "Recommande" au paragraphe 3. À son avis, l'utilisation de "Recommande" impose de remplacer "apliquen" par "consideren aplicar" et "estudien" par "consideren estudiar".

63. **Le Président** suggère que l'utilisation du mot "apliquen" ("appliquent") dans le texte espagnol soit réexaminée par le Secrétariat en consultation avec les délégations concernées.

La séance est levée à 12 h 30.

Finalisation et adoption des textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Compte rendu analytique de la 934e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le vendredi 1er juillet 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.934]

Président: M. Sánchez Mejorada y Velasco (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Finalisation et adoption des textes relatifs aux aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/732 et Add.1 à 3, A/CN.9/733 et Add.1, A/CN.9/715, A/CN.9/XLIV/CRP.3)

1. **Mme Clift** (Secrétariat) dit que la Commission avait devant elle les documents A/CN.9/732 et Add.1 à 3 contenant le projet de texte destiné aux juges sur les questions d'insolvabilité internationale et, en particulier, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

2. Le Secrétariat a reçu de la Commission mandat d'élaborer un texte avec la même souplesse qui avait présidé à l'élaboration du *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, en consultant des juges, des praticiens et des professionnels de l'insolvabilité.

3. Le projet de texte a été examiné par le Groupe de travail V lors de sa dernière session, comme l'indiquent les paragraphes 110 à 116 du document A/CN.9/715, diffusé auprès des États membres. Les commentaires reçus figurent dans le document A/CN.9/733 et Add.1, et ont été pris en compte dans toute la mesure du possible.

4. Le projet de texte a également été examiné par les juges et d'autres participants au neuvième Colloque judiciaire multinational organisé conjointement par la CNUDCI, l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL International) et la Banque mondiale, qui s'est déroulé à Singapour en mars 2011.

5. Les dispositions de la Loi type ont été examinées dans le projet de texte en respectant l'ordre dans lequel les demandes de reconnaissance et d'assistance sont généralement prises en considération par le tribunal requis. Le projet de texte n'entend aucunement expliquer au juge comment traiter de telles demandes ni suggérer qu'une seule approche serait possible ou souhaitable, mais il offre des indications générales sur les questions que le juge devra peut-être prendre en considération à la lumière des intentions des rédacteurs de la Loi type.

6. Pour illustrer comment les dispositions ont été interprétées et appliquées en pratique, et les modes de raisonnement qui pourraient être suivis pour régler des questions spécifiques, le projet de texte comprend des références à des décisions de tribunaux de différents pays. Loin de toute tentative de critiquer ces décisions, l'attention s'est portée sur les questions qu'un juge peut souhaiter examiner lorsqu'il traite un cas similaire, tout en tenant compte du droit interne et notamment des dispositions de la législation incorporant la Loi type.

7. Une nouvelle annexe, le document A/CN.9/732/Add.3, est composée de brèves notes sur les faits et les décisions rendues dans certaines affaires, pour donner des orientations à ceux qui n'auraient pas eu la possibilité de lire les jugements en question dans la langue où ils ont été originellement formulés.

8. Outre l'examen du projet de texte, la Commission souhaitera peut-être aborder la possibilité d'élaborer un mécanisme de mise à jour périodique, d'une manière analogue à celle ayant présidé à l'élaboration du projet de texte et entretenant une neutralité d'approche, conformément aux paragraphes 3 et 4 du document A/CN.9/732.

9. La Commission souhaitera peut-être aussi envisager de reconnaître dans une préface l'importante contribution au projet de Monsieur le Juge Paul Heath, de Nouvelle-Zélande.

10. **M. González** (Argentine) félicite le Secrétariat pour son travail de préparation du projet de textes

relatifs aux aspects judiciaires, textes qui seraient importants pour, éventuellement, l'incorporation et l'application de la Loi type dans son pays.

11. Plus particulièrement il fait état de la satisfaction de son pays au regard de la disposition de la Loi type au titre de laquelle le représentant étranger doit informer le tribunal de toute autre procédure étrangère dont il a connaissance concernant le même débiteur, de la définition de "l'établissement" du débiteur, du fait qu'il n'existait pas de condition de réciprocité, des dispositions concernant la présomption d'authenticité des documents, et du fait que le projet de textes reflète l'esprit de large coopération qui est un aspect essentiel de la Loi type.

12. Son pays aimerait voir une réflexion plus approfondie sur les textes révisés de deux questions soulevées dans ses commentaires et figurant au document A/CN.9/733/Add.1.

13. Premièrement, la Loi type habilite les tribunaux à communiquer directement avec les tribunaux ou les représentants étrangers, sans devoir demander de commission rogatoire. Dans de nombreux pays, dont l'Argentine, la commission rogatoire est un moyen important pour assurer une coopération efficace. C'est pourquoi, les textes relatifs aux aspects judiciaires devraient souligner la nécessité de disposer d'une coopération plus efficace en vue d'une reconnaissance effective, tout en sauvegardant les intérêts des parties.

14. La deuxième question est liée à l'invocation de l'ordre public pour refuser la reconnaissance, ainsi qu'il apparaît aux paragraphes 47 à 51 du document A/CN.9/732. Le représentant argentin estime que la situation s'apparente davantage à la fraude et à l'abus, qui sont des obstacles ou limites tirés de la manipulation des faits, et son pays souhaiterait que les textes relatifs aux aspects judiciaires relaient davantage cette façon de voir, éventuellement dans une mise à jour ultérieure.

15. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) félicite le Secrétariat pour avoir produit le projet de textes relatifs aux aspects judiciaires dans un délai aussi bref. Destinés à instruire les juges sur l'application de la Loi type, les textes offriront aussi des informations de fond aux universitaires, aux praticiens et aux tribunaux, tout en contribuant à l'uniformité, la transparence et la prévisibilité, ainsi qu'à une meilleure coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale.

16. Son pays soutient la proposition visant à remercier Monsieur le Juge Paul Heath pour sa contribution.

17. Il soutient fortement aussi la proposition de mettre à jour les textes en consultation avec des experts pour veiller à ce qu'ils restent au niveau des plus récents travaux du Groupe de travail V ainsi que des corpus émergeants de jurisprudence et de décisions. Il est, enfin, favorable à l'approche neutre adoptée dans les affaires citées. Le Secrétariat ne devrait modifier ni le contexte ni la portée du texte et devrait soumettre ses propositions de mise à jour à la Commission, pour validation.

18. **M. D'Allaire** (Canada) dit que son pays est favorable à l'adoption du projet de textes relatifs aux aspects judiciaires, qui représente une contribution positive à la collaboration entre les pouvoirs judiciaires dans les procédures d'insolvabilité internationale. À l'occasion de consultations très larges, les praticiens et l'appareil judiciaire canadiens ont manifesté un soutien généralisé à ces textes, qui seront particulièrement utiles puisque son pays a adopté la Loi type récemment et ne dispose pas d'un tribunal spécialisé dans l'insolvabilité ou les faillites.

19. Il soutient la proposition de mise à jour régulière des textes et encourage le Secrétariat à informer la Commission de toute insuffisance ou proposition de modification.

20. Son pays également soutient la proposition de remercier Monsieur le Juge Paul Heath pour sa contribution.

21. **M. Lara Cabrera** (Mexique) dit que son pays est favorable à l'adoption du projet de textes relatifs aux aspects judiciaires, qui apporte des directives précieuses sur l'application de la Loi type. Son pays se féliciterait d'un mécanisme souple grâce auquel le Secrétariat pourrait mettre les textes à jour, en consultation avec des experts.

22. **Mme Clift** (Secrétariat), se penchant sur les points soulevés par le représentant argentin, rappelle que la question importante de la fraude et des abus a été discutée au sein du Groupe de travail V, ainsi qu'on peut le vérifier aux paragraphes 26 et suivants du document A/CN.9/715 concernant l'ordre public, et au paragraphe 42 sur les impacts de la fraude sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer le centre des intérêts principaux du débiteur. Le Groupe de

travail est convenu (voir par. 43) que cette question devrait être examinée plus avant. En conséquence, les textes relatifs aux aspects judiciaires ne reflètent aucune opinion, et pourraient être mis à jour ultérieurement en incorporant certaines conclusions du Groupe de travail V.

23. La question de la communication a été abordée dans divers textes, notamment le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale* et le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Il faut prendre cette question en compte dans la mesure où le travail actuel du Groupe de travail V est lié à ces textes. Les colloques judiciaires et les rencontres avec les juges sont souvent l'occasion de discuter des approches de la communication dans la coopération internationale, et le Secrétariat est ouvert à une proposition spécifique sur ce sujet, en vue de son inclusion dans les textes relatifs aux aspects judiciaires.

24. **M. González** (Argentine) dit que les textes pourraient être modifiés lors de la prochaine mise à jour, pour refléter les demandes de son pays.

25. **Le Président** considère que la Commission souhaiterait adopter le projet de textes relatifs aux aspects judiciaires contenu dans les documents A/CN.9/732 et Add.1 à 3, assorti, dans la préface, de remerciements à Monsieur le Juge Paul Heath, pour son importante contribution.

Il en est ainsi décidé.

26. **Le Président** invite la Commission à examiner le projet de décision exposé dans le document A/CN.9/XLIV/CRP.3

27. **M. González** (Argentine), rappelant son commentaire lors de la discussion sur l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics[1], exprime sa satisfaction qu'au moins dans le paragraphe 5 du projet de résolution en cours de discussion le mot "envisager" ait été utilisé.

28. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) fait part de son soutien à l'adoption du projet de décision sans les crochets entourant les mots "et des modifications qu'elle aura adoptées" au paragraphe 1.

29. **M. D'Allaire** (Canada), soutenu par **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique), propose de supprimer du paragraphe 1 du document A/CN.9/XLIV/CRP.3 les mots "et des modifications qu'elle aura adoptées" car il croit comprendre que le texte du document A/CN.9/732 et de ses additifs n'a pas été modifié par la Commission.

30. **Mme Clift** (Secrétariat) dit que la Commission n'avait adopté aucune modification de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Le document A/CN.9/XLIV/CRP.3 est adopté sans les mots entre crochets "[et des modifications qu'elle aura adoptées]"

Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V (A/CN.9/715)

31. **Mme Clift** (Secrétariat), introduisant le point, dit que la Commission avait devant elle le document A/CN.9/715, un rapport sur la trente-neuvième session du Groupe de travail V. Le Groupe avait discuté de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux et les obligations des dirigeants et administrateurs dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité. Cette session étant la première qui traitait de ces deux sujets, de nombreuses discussions préliminaires ont eu lieu sur les questions d'orientation générale soulevées. Le Groupe pouvait maintenant décider comment avancer.

32. Se reportant au neuvième Colloque judiciaire organisé à Singapour en mars 2011, par la CNUDCI et l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL International), ainsi que par le secrétariat de la CNUDCI et la Banque mondiale, Mme Clift dit que quelque 80 juges venant d'une quarantaine d'États y ont participé. Entre autres questions, celles issues de l'insolvabilité des groupes d'entreprises ont été discutées. Deux groupes ont débattu de la façon dont les diverses questions relatives aux deux hypothèses de scénarios d'insolvabilité, l'un national, l'autre international, seraient traitées dans les différents pays représentés. De plus, les participants au Colloque ont aussi examiné le projet de textes relatifs aux aspects judiciaires concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Un rapport sur le Colloque est disponible sur le site Web de la CNUDCI.

---

[1] Voir document A/CN.9/SR.932, par. 62.

Le dixième Colloque judiciaire est prévu pour 2013, à La Haye.

33. Mme Clift fait part de son espoir que la Commission approuvera le maintien du parrainage des Colloques judiciaires d'INSOL par le secrétariat de la CNUDCI et la participation active de ce dernier aux Colloques.

34. S'agissant de la troisième partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité adopté par la Commission en 2010, elle a cru comprendre que la Colombie est le premier État à avoir adopté une législation répondant aux recommandations de ce Guide, et elle serait heureuse de recevoir des informations sur cette incorporation.

35. Le 6 juin 2011, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a publié un projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant la procédure d'insolvabilité dans le contexte du droit européen des sociétés. L'une des recommandations était qu'il faudrait concevoir un ensemble de règles sur la base de la troisième partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, pour promouvoir la coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité dans les procédures d'insolvabilité de groupes d'entreprises. Le projet de rapport est disponible sur le site Web de la CNUDCI.

36. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que les deux représentants de pays en développement, en particulier, ont salué la prise en considération par le Groupe de travail V de la question des obligations des dirigeants et administrateurs dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité. Depuis un certain temps déjà, la trente-neuvième session du Groupe avait clairement compris que les États étaient prêts à aborder la question des centres des intérêts principaux, en dépit de sa complexité.

37. Son pays espère vivement un nouvel approfondissement de ces deux sujets.

38. **M. D'Allaire** (Canada) dit que son pays se félicite des progrès réalisés à ce jour sur ces deux sujets.

39. S'agissant des concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en ce qui concerne les centres des intérêts principaux, les difficultés résident moins dans les formulations de la Loi type que dans le temps nécessaire à ce que les décisions de justice, en s'accumulant, apportent des orientations. Son pays est satisfait que le Secrétariat ait identifié ces questions, qu'il conviendra d'explorer entièrement.

40. S'agissant des obligations des dirigeants et administrateurs dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, un certain nombre de juridictions ont prévu des recours face aux manquements aux obligations dans de telles affaires, mais, dans le cas où un produit a été réalisé, il n'est pas nécessairement versé à l'ensemble des créanciers. Le Secrétariat et le Groupe de travail V devraient envisager la possibilité de situations où le requérant est titulaire d'une sûreté.

41. **Le Président** dit – faisant suite à des commentaires de **M. D'Allaire** (Canada), **M. González** (Argentine) et de **M. Sorieul** (Secrétariat) – que le Secrétariat a planifié des sessions du Groupe de travail V pour novembre 2011 et février 2012, ce qui laisse peu de temps pour la préparation des textes, mais aussi qu'il y a quelque souplesse quant aux dates disponibles.

42. Il propose que la Commission s'intéresse à ces questions au titre du point 21 de l'ordre du jour – Date et lieu des séances à venir.

43. **M. Mokal** (Banque mondiale) dit que le groupe spécial de la Banque mondiale sur l'insolvabilité a récemment discuté la question de l'instauration de normes de meilleures pratiques pour le traitement des personnes physiques dans les affaires d'insolvabilité.

44. Les modalités de l'intermédiation financière ont notablement évolué depuis la formulation de la norme sur l'insolvabilité et les droits des créanciers. L'importante croissance du crédit à la consommation a entraîné, dans le sillage de la récente crise financière, des problèmes dans le secteur de la consommation, de sorte que l'économie dans son ensemble et dans de nombreux pays se trouve confrontée à un risque systémique. La Banque mondiale, avec ses partenaires internationaux, a dû conseiller les gouvernements sur la façon de traiter ce type de problèmes dans des situations sans précédent jusqu'alors pour elle, et elle a compris à quel point des normes de meilleures pratiques seraient utiles pour le traitement des personnes physiques dans les procédures d'insolvabilité, normes qu'il faudrait formuler en

tenant compte des apports de toutes les parties prenantes, y compris des gouvernements concernés.

45. La Banque mondiale souhaiterait que la CNUDCI participe à cette formulation.

46. **M. Redmond** (États-Unis d'Amérique) dit que la CNUDCI a coopéré avec la Banque mondiale et le Fonds monétaire international sur les questions d'insolvabilité, et que son pays souhaiterait la voir participer à la formulation des normes de meilleures pratiques pour le traitement des personnes physiques dans les procédures d'insolvabilité.

47. **Le Président** prend note du souhait de la Banque mondiale que la CNUDCI participe à cette formulation et du soutien exprimé par le représentant des États-Unis d'Amérique.

La séance est levée à 15 h 10.

Compte rendu analytique de la 935e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le lundi 4 juillet 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.935]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 10 h 5.

Arbitrage et conciliation

a) Rapports d'activité du Groupe de travail II (A/CN.9/712 et 717)

1. **Mme Montineri** (Secrétariat), présentant les rapports du Groupe de travail II sur ses cinquante-troisième et cinquante-quatrième sessions, dit que le Groupe de travail, dans son élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, a envisagé le contenu et la forme possibles de cette norme et son applicabilité aux traités d'investissements tant présents qu'à venir. Pendant ses délibérations, la question a été soulevée de savoir si le Groupe de travail pourrait aussi aborder la question de l'intervention éventuelle dans une procédure arbitrale d'un État non contestant partie à un traité d'investissement. Le Groupe de travail souhaiterait demander à la Commission s'il peut examiner cette question dans le cadre de ses travaux en cours.

2. **Le Président**, à titre de précision, dit que l'intervention d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale peut être souhaitable comme moyen d'aider à résoudre un différend, en évitant, par exemple, une interprétation unilatérale du traité. Il y a des précédents de telles interventions: en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) où, par exemple, des États ont pu soulever des points de droit dans des procédures arbitrales – mais pas des points de fait.

3. La question de savoir si un droit d'intervention sera accordé en vertu de la norme juridique sur la transparence n'a pas encore été tranchée. Pour l'heure, la Commission est simplement appelée à déterminer si le Groupe de travail peut se saisir de cette question dans le cadre de ses travaux en cours.

4. **Mme Sabo** (Canada) dit que le Groupe de travail ne devrait pas se saisir de cette question, car l'intervention, à l'invitation d'un tribunal, d'un État non contestant dans une procédure arbitrale est déjà prévue dans le cadre des arrangements relatifs aux *amici curiae* par exemple, même si aucune disposition ne prévoit le droit d'intervenir de ces États. De plus, la transparence et d'autres questions représentent déjà une charge de travail importante pour le Groupe de travail, et une tâche supplémentaire risque de retarder les progrès dans ces domaines.

5. **Le Président** dit que ce point a justement été soulevé en raison des divergences d'opinion quant à la question de savoir si l'intervention d'un État partie non contestant est ou non prévue dans le cadre des arrangements relatifs aux *amicus curiae*.

6. **Mme Sabo** (Canada) précise la position de sa délégation en indiquant que si l'intervention d'un tel État en tant que tiers n'est pas prévue, il faut donner les moyens au tribunal d'inviter cet État à intervenir s'il estime qu'une telle intervention est souhaitable.

7. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il convient que le Groupe de travail traite la question de l'intervention, dans les procédures arbitrales, des États parties à un traité d'investissement dans le contexte général des arrangements relatifs aux *amici curiae*. Toutefois, il devrait appartenir aux États, lorsqu'ils négocient des accords d'investissement bilatéraux, de décider s'il convient de prévoir le droit d'intervenir de ces États.

8. Il serait utile que la Commission réaffirme le mandat du Groupe de travail en ce qui concerne la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et confirme également l'objectif souhaitable que représente l'élaboration d'une norme à cet égard.

9. **Mme Nesdam** (Norvège) se déclare favorable à l'inclusion de la question dans le mandat du Groupe de travail.

10. **M. Jezewski** (Pologne) dit que si la question peut être un bon sujet de discussion au sein du Groupe de travail, son inclusion dans le mandat du Groupe n'est pas nécessairement la meilleure solution. Le

mandat du Groupe concerne la participation de la société civile à des procédures arbitrales, ce qui n'a rien à voir avec l'intervention, dans ces procédures, d'un État non contestant dont l'investisseur est un ressortissant.

11. **Le Président** dit que certains membres du Groupe de travail ont le sentiment que, si les États sont traités de la même manière que d'autres *amici curiae*, il pourrait arriver que des États parties non contestants présentent des conclusions factuelles détaillées, ce qui risque de soulever des questions de protection diplomatique. Le fait qu'il y ait désaccord quant à la question de savoir si l'intervention d'États tiers peut être traitée dans les dispositions de la norme relative aux *amici curiae*, ou s'il s'agit d'une question distincte, montre qu'il est nécessaire de tenir un débat à ce sujet et d'identifier des solutions possibles au sein du Groupe de travail.

12. Cependant, il s'agit davantage ici d'une question de procédure que de fond. Si le Groupe de travail n'est pas chargé de l'examiner, il ne sera pas possible de présenter une solution dans la norme sur la transparence.

13. **Mme Jamschon MacGarry** (Argentine), tout en étant favorable à l'inclusion de la question dans le mandat du Groupe de travail, estime qu'il importe de déterminer la portée, les modalités et les conditions de l'intervention d'États parties non contestants dans des procédures arbitrales avant de décider si leur intervention en tant qu'*amici curiae* est opportune.

14. Sa délégation ne pense pas qu'une telle intervention soulèvera le moindre problème de protection diplomatique.

15. **Le Président** dit qu'il n'envisage pas que la question de la protection diplomatique soit examinée à titre de sujet supplémentaire.

16. **M. Bellenger** (France) dit que la Commission devrait éviter de se laisser distraire par la question de la protection diplomatique, même si celle-ci devra peut-être être envisagée si l'on élargit le mandat du Groupe de travail afin d'y intégrer la question de l'intervention d'États parties non contestants dans des procédures arbitrales. À son avis, toutefois, cette dernière question est déjà couverte par le mandat du Groupe de travail, et celui-ci n'a pas besoin d'être élargi car le Groupe peut s'y intéresser dans le cadre de la participation d'*amici curiae*.

17. L'élargissement du mandat du Groupe de travail donnerait à la question une importance exagérée. Cependant, si la majorité des membres de la Commission jugent que cet élargissement est nécessaire pour que la question soit correctement traitée, sa délégation acceptera cette conclusion.

18. **Le Président** dit que la question à laquelle la Commission doit répondre concerne la clarification plutôt que l'élargissement du mandat du Groupe de travail. À son avis, la Commission n'accorderait pas une importance excessive à la question en demandant au Groupe de travail de la traiter.

19. **M. Lara Cabrera** (Mexique) dit que la question devrait être renvoyée au Groupe de travail et que la Commission devrait décider comment orienter au mieux celui-ci dans ses réflexions à ce sujet, éventuellement en déterminant la portée, les modalités et les conditions de l'intervention d'États parties non contestants dans des procédures arbitrales, ainsi que l'a suggéré la représentante de l'Argentine.

20. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) est d'avis que le Groupe de travail pourrait se pencher sur la question dans le cadre de son mandat actuel.

21. **Mme Kubota** (Japon) dit que sa délégation est favorable à l'inclusion de la question dans le mandat du Groupe de travail afin d'améliorer la qualité de l'arbitrage entre investisseurs et États.

22. **Le Président** dit qu'il semble se dégager un consensus pour considérer que le mandat du Groupe de travail englobe l'examen de la situation des États non parties aux procédures arbitrales et leur participation à ces procédures. Les positions présentées par certaines délégations soulèvent des questions de fond qui devraient être traitées au niveau du Groupe de travail.

23. Rappelant que la Commission a confirmé le mandat du Groupe de travail en 2008, et à nouveau en 2010, il considère que la Commission souhaite réaffirmer que la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États est un objectif souhaitable, comme l'a laissé entendre le représentant des États-Unis d'Amérique.

24. **Mme Montineri** (Secrétariat) rappelle, au sujet des travaux que le Groupe de travail mène actuellement et pourrait mener à l'avenir dans le domaine de l'arbitrage et de la conciliation, que la

Commission, à sa trente-neuvième session et lors des sessions suivantes, avait décidé que le Groupe de travail devait approfondir le domaine de l'arbitrabilité. Le Secrétariat a examiné la question de la confidentialité dans les procédures arbitrales, et il a été estimé qu'il serait utile de réaliser une étude préliminaire à ce sujet, basée sur les diverses décisions rendues à ce jour par des tribunaux.

25. Parmi les travaux actuellement menés par le Secrétariat dans le domaine de l'arbitrage figurent l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Loi type sur l'arbitrage commercial international et la préparation d'un précis des textes de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage, qui comprendra des commentaires de divers pays sur l'interprétation et l'application de la Loi type; ces travaux seront terminés pour la fin de 2011. De plus, le Secrétariat élabore actuellement des recommandations visant à aider les institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, en cas d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage révisé de la CNUDCI. Il donne ainsi suite à la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session.

26. Un certain nombre d'utilisateurs ont envoyé des observations au sujet d'une révision de l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales de 1996. Elle propose que le Secrétariat examine comment mettre à jour cet Aide-mémoire en se fondant, entre autres, sur des propositions de la Commission.

27. **Le Président** dit que l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales s'est révélé extrêmement utile au cours des 15 dernières années et qu'il serait bon de demander au Secrétariat de le mettre à jour.

28. **Mme Sabo** (Canada) dit que, si l'Aide-mémoire est de toute évidence utile, il convient de se préoccuper de la question des priorités et des ressources. Comme un certain nombre de projets importants dans le domaine de l'arbitrage ont été confiés au Secrétariat, il serait utile de lui fournir des indications sur l'ordre de priorité à donner à ces projets.

29. À cet égard, le Groupe de travail pourrait avoir intérêt à achever la révision de l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales avant de passer à d'autres tâches, car cette révision ne dépend pas d'autres projets et peut aisément être achevée dans l'année à venir, éventuellement dans la perspective de l'adoption de l'Aide-mémoire par la Commission à sa prochaine session.

30. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que les ressources dont dispose le Secrétariat pour travailler sur l'arbitrage dans l'année à venir sont limitées. Le Secrétariat est disposé à réviser l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales et à élaborer des recommandations actualisées sur l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais il ne peut pas promettre que ces projets seront menés à leur terme d'ici à la quarante-cinquième session de la Commission. Par contre, il n'y a pas de concurrence directe entre les ressources requises, d'une part, pour ces deux projets et, d'autre part, pour le travail de préparation d'un guide pour l'incorporation de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York), car celui-ci implique de faire appel à des experts extérieurs, en plus du Secrétariat, et il n'est pas prévu d'en commencer la rédaction dans un futur proche.

31. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne), appuyé par **Mme Escovar de Amaya** (El Salvador), dit qu'il est important d'établir des priorités pour les futurs travaux. La première priorité devrait être affectée aux recommandations pour l'application du Règlement d'arbitrage. Viendraient ensuite les travaux sur un guide pour l'incorporation de la Convention de New York et ceux sur l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales.

32. **Mme Montineri** (Secrétariat) rappelle que la Commission, à sa quarante et unième session, a donné instruction au Secrétariat de se lancer dans le projet relatif à la Convention de New York, qui comporte deux volets. Premièrement, le Secrétariat est en train de publier, sur Internet, les réponses des États membres à un questionnaire sur l'application de la Convention. Deuxièmement, deux équipes conduites par des experts en arbitrage de renommée internationale étudient l'application de la Convention dans différents pays. Le travail de préparation du guide sur la Convention de New York commencera au début de 2012, et un premier projet sera soumis à la Commission en 2014.

33. **Mme Escobar de Amaya** (El Salvador) dit que, pendant longtemps, peu d'informations ont été diffusées sur l'application de la Convention de New York. Pour sa part, son pays a communiqué ces informations.

34. **Le Président**, résumant la discussion, dit que de légères différences ont été exprimées quant aux priorités des travaux sur l'arbitrage.

35. Il a été dit que les axes fondamentaux des travaux menés par le Secrétariat dans le domaine de l'arbitrage sont la Convention de New York et le Règlement d'arbitrage révisé. Il n'y a pas de concurrence entre les ressources des deux projets en question, car les travaux relatifs à la Convention de New York, qui sont à plus long terme, ont été externalisés. Il considère donc que la Commission souhaite que le Secrétariat poursuive ses travaux dans les mêmes domaines prioritaires.

36. Il a été vivement souhaité que l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales soit mis à jour d'ici à 2012 dans la mesure du possible, de manière à ce que la publication de l'Aide-mémoire actualisé suive de peu celle du nouveau Règlement d'arbitrage.

b) Médiation dans le contexte du règlement des différends entre investisseurs et États (A/CN.9/734)

37. **Mme Gross** (Secrétariat), introduisant ce point, dit que la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a récemment mené des études sur la médiation comme méthode de règlement des différends entre investisseurs et États.

38. La Commission a adopté le Règlement de conciliation de la CNUDCI en 1980 et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale en 2002.

39. À la suite de consultations menées entre les secrétariats de la CNUDCI et de la CNUCED, le secrétariat de la CNUDCI a reçu une proposition de la CNUCED concernant l'utilisation de la médiation dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États; cette proposition figure en annexe du document A/CN.9/734.

40. **Mme Türk** (Observatrice pour la CNUCED) dit que son organisation se réjouit de pouvoir assister à la quarante-quatrième session de la Commission, et de présenter des informations sur les modes alternatifs de prévention et de gestion des différends entre investisseurs et États, afin de faciliter les discussions concernant les mesures qui pourraient être requises pour encourager l'utilisation de la médiation dans le règlement des différends entre investisseurs et États.

41. Elle rappelle d'abord que la CNUCED est le point focal des Nations Unies pour les questions relatives à l'investissement et au développement durable. Ainsi qu'il a été reconnu lors du deuxième Forum mondial de l'investissement, qui s'est déroulé en 2010, la CNUCED est aussi le centre de gravité du processus de concertation multilatérale en ce qui concerne l'investissement dans le développement durable. Sa Division de l'investissement et des entreprises a plus de 30 années d'expérience dans le traitement des questions relatives à l'investissement et au développement.

42. Dans ses travaux consacrés au droit international de l'investissement, la CNUCED poursuit l'objectif de mettre les investissements étrangers au service du développement durable. Dans ce contexte, elle joue un rôle dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités.

43. Dans la note figurant à l'annexe au document A/CN.9/734, la CNUCED présente d'autres modes de règlement des différends relatifs aux investissements que le règlement judiciaire.

44. L'arbitrage international a longtemps été considéré comme le meilleur moyen de régler ou traiter des différends entre investisseurs et États. Il permet de dépolitiser les différends relatifs aux investissements et de garantir la neutralité des décisions, tout en étant rapide, peu coûteux et souple. Avec le temps, toutefois, un certain nombre d'inconvénients sont apparus. Ainsi, l'expérience récente montre que les investisseurs contestent parfois les mesures prises par les États pour des motifs d'ordre public en relation notamment avec la protection de l'environnement, la santé publique ou la sécurité; il arrive parfois que le coût de la défense et le financement de la réparation pèsent lourdement sur les fonds publics; et les relations à long terme entre un investisseur et un État peuvent pâtir d'un différend d'ordre juridique.

45. À côté de ces inconvénients, des préoccupations ont été exprimées quant à la légitimité des différends entre investisseurs et États et on a appelé à une plus grande transparence dans ce domaine.

46. Il existe donc des avantages à éviter l'escalade vers un différend formel. C'est pourquoi les modes alternatifs de prévention et de gestion des différends entre investisseurs et États rencontrent un intérêt croissant, notamment, comme il est indiqué dans l'annexe au document A/CN.9/734 – "la négociation directe entre investisseurs et États, le recours à un bureau de médiation (Ombuds Office) ou à une institution chef de file, la médiation, la conciliation formelle, les comités de résolution des litiges, l'évaluation rapide objective ou la constatation et l'évaluation des faits". La CNUCED a publié une étude sur ces méthodes et les expériences des pays qui les appliquaient en 2000.

47. Les avantages du recours effectif à ces modes alternatifs sont, entre autres, une plus grande efficacité, davantage de souplesse, des coûts inférieurs, une moindre perte de temps et la possibilité d'un règlement amiable.

48. Le recours à des modes alternatifs de règlement des différends entre investisseurs et États présente aussi des difficultés; par exemple, la médiation n'est en général pas contraignante et peut être perçue comme une perte de temps. Par ailleurs, les modes alternatifs ne conviennent pas nécessairement à tous les types de différends; par exemple, la souplesse d'un gouvernement peut être limitée par des lois et des règlements. Néanmoins, il vaut la peine de les envisager.

49. La CNUDCI est une instance adéquate pour réaliser un examen des modes alternatifs de règlement des différends entre investisseurs et États car elle s'occupe de règles relatives au règlement de ce type de différends et a élaboré des règles sur la conciliation. Un examen effectué à partir de ces deux perspectives pourrait révéler des synergies importantes.

50. **Le Président** sollicite des commentaires sur la coopération entre la CNUDCI et la CNUCED, éventuellement dans les domaines de l'arbitrabilité et de la confidentialité, car le Secrétariat souhaite obtenir de la Commission une approbation formelle de sa coopération étroite avec la CNUCED.

51. **Mme Sabo** (Canada) dit que son pays est favorable à la poursuite de la coopération entre la CNUDCI et la CNUCED, pour autant que cela ne nécessite pas trop de ressources.

52. **M. Cachapuz de Medeiros** (Brésil), appuyant la poursuite de la coopération, dit que la CNUDCI et la CNUCED pourraient jouer ensemble un rôle important dans le domaine du règlement des différends au moyen de modes alternatifs.

53. **M. Bellenger** (France) dit que son pays n'est pas opposé à la poursuite de la coopération, particulièrement en ce qui concerne les modes alternatifs de règlement des différends. Cependant, la médiation ne saurait remplacer l'arbitrage, qui demeure indispensable.

54. **Le Président** dit que la médiation, qui a peut-être été quelque peu négligée dans le passé, est considérée comme un complément de l'arbitrage.

55. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), appuyant la poursuite de la coopération, dit que cela aiderait à promouvoir la confiance dans l'investissement international.

56. **M. Seweha Boles** (Égypte), appuyant la poursuite de la coopération, dit que la médiation est un précurseur utile de l'arbitrage. Dans son pays, on tente toujours la médiation avant de porter un différend financier devant la justice. En cas de succès, les parties au litige conservent de bonnes relations et les solutions sont faciles à mettre en œuvre.

57. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), appuyant la poursuite de la coopération, dit qu'elle bénéficierait à la fois à la CNUCED et à la CNUDCI et que la médiation et les autres modes alternatifs de règlement des différends sont des sujets qui présentent un grand intérêt. Cependant, le Secrétariat doit garder à l'esprit les contraintes générales en matière de ressources.

58. **Le Président** considère que la Commission souhaite faire consigner son désir de poursuivre sa coopération avec la CNUCED, étant entendu que tout le travail ne pourra être fait par le secrétariat de la CNUDCI, et sa certitude qu'il pourrait être utile d'examiner la question des modes alternatifs de règlement des différends, à côté de l'arbitrabilité et de la confidentialité.

Concours d'arbitrage commercial international

59. **Mme Gross** (Secrétariat) dit que l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis a organisé la dix-huitième édition du Concours qui, comme les années précédentes, était coparrainée par la Commission. Les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au Concours étaient basées sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le Règlement d'arbitrage de la Chambre d'arbitrage de Milan. Au total, 254 équipes provenant des facultés de droit de 63 pays ont participé à la phase des plaidoiries, qui s'est déroulée à Vienne du 15 au 21 avril 2011, la meilleure équipe étant celle de l'Université d'Ottawa. La phase des plaidoiries de la dix-neuvième édition du Concours se déroulera à Vienne, du 30 mars au 5 avril 2012.

60. Le huitième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est), coorganisé par la Vis East Moot Foundation et le Chartered Institute of Arbitrators, et lui aussi coparrainé par la Commission, s'est déroulé dans la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine), en avril, avec la participation de 85 équipes venues de 19 pays. L'équipe qui a remporté la phase des plaidoiries est celle de l'Université Bond (Australie). Le neuvième Concours (Est) se tiendra lui aussi dans la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine), du 19 au 25 Mars 2012.

61. Par ailleurs, l'Université Carlos III de Madrid a organisé le troisième Concours d'arbitrage commercial international, qui s'est déroulé (en espagnol) du 20 au 25 juin 2011 et était également coparrainé par la Commission. Au total, neuf équipes venues de cinq pays ont participé au concours, la meilleure équipe étant celle de l'Université de Versailles (France).

62. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que des projets similaires au Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis sont en cours dans deux universités, à Berlin et au Texas. L'accent y est mis sur l'insolvabilité, l'objectif étant de favoriser la compréhension de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Si ces projets évoluent comme prévu, ils figureront probablement à l'ordre du jour de la Commission en 2012.

63. **Mme Sabo** (Canada) dit que les sûretés réelles constitueraient un bon sujet pour ce genre de concours, sur la base du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

64. **M. Sánchez Mejorada y Velasco** (Mexique), appuyé par **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) et **Mme Escobar de Amaya** (El Salvador), dit qu'un concours sur l'insolvabilité sera sans aucun doute très favorablement accueilli. Il espère que la Commission sera en mesure de dégager les ressources nécessaires.

65. **Le Président** considère que la Commission se félicite de l'appui apporté par le Secrétariat aux concours et souhaite que l'équipe du Secrétariat directement concernée envisage d'inclure les sûretés parmi les domaines considérés.

La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à 11 h 55.

Règlement des litiges en ligne: rapports d'activité du Groupe de travail III (A/CN.9/716 et A/CN.9/721)

66. **M. Lemay** (Secrétariat), présentant les rapports du Groupe de travail III sur ses vingt-deuxième et vingt-troisième sessions, dit qu'à sa vingt-deuxième session, le Groupe a prié le Secrétariat d'élaborer un projet de règlement de procédure pour la résolution des litiges en ligne, en tenant compte des types d'opérations qui seraient concernés (opérations entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs portant sur de faibles montants et de gros volumes).

67. À sa vingt-troisième session, le Groupe de travail s'est penché sur le projet de règlement préparé par le Secrétariat, qui avait déjà été examiné lors d'une réunion entre des experts et le Secrétariat, à laquelle il avait été largement convenu que les opérations entre consommateurs entraient aussi dans le mandat du Groupe de travail, en raison de la difficulté à distinguer un consommateur d'une entreprise et de la croissance du volume de ces opérations, qui respectent généralement le schéma faible montant/gros volume. La Commission voudrait par conséquent peut-être souhaiter réexaminer le mandat du Groupe de travail.

68. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation est préoccupée par la direction que le Groupe de travail semble prendre. La question des opérations entre consommateurs est liée à celle des droits des consommateurs, question que le Groupe de travail devrait aborder avec circonspection en évaluant – par exemple – la compatibilité de l'arbitrage avec la

législation relative à la protection des consommateurs. Sa délégation espère que le Secrétariat supervise efficacement le Groupe de travail.

69. **Mme Sabo** (Canada), qui partage l'avis du représentant de la France, dit que le Groupe de travail doit être rigoureux dans l'établissement de ses priorités. Il a, à juste titre, commencé par les règles de procédure, les meilleures pratiques et l'application, et ce n'est que lorsqu'il aura achevé ses travaux sur ces sujets qu'il pourra passer à la question du droit applicable.

70. Sa délégation s'inquiète de la possibilité que le Groupe de travail englobe les opérations entre consommateurs dans son mandat. Certes, il est parfois difficile de faire la distinction entre consommateurs et entreprises, mais le Groupe de travail risque de s'enliser dans ses efforts pour parvenir à un consensus.

71. **Le Président** dit que la question clef est de savoir ce qui est faisable. À son avis, le Groupe de travail pourrait s'occuper de la question des opérations entre consommateurs.

72. **M. Lara Cabrera** (Mexique) dit qu'un volume d'opérations important nécessite un système souple de règlement des litiges en ligne. Le Mexique considère que le portail Hoyanet, qui relie les consommateurs et les entreprises sur Internet, offre une méthode souple et économique de résolution des différends.

73. Les travaux du Groupe de travail demeurent très utiles, même s'il sera peut-être nécessaire d'en affiner les paramètres. En ce qui concerne la question des opérations entre consommateurs, sa délégation considère que le Groupe de travail ne devrait pas assumer une charge supplémentaire, même si elle n'exclut pas la possibilité qu'il aborde la question ultérieurement.

74. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que les opérations entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs sont plus importantes que les opérations entre consommateurs, mais que le Groupe de travail est le mieux placé pour décider de ses priorités.

75. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit que la priorité devrait être donnée aux opérations entre entreprises et consommateurs, même si les opérations entre entreprises sont aussi importantes. Les opérations entre consommateurs ne devraient pas être prioritaires.

76. **M. Seweha Boles** (Égypte) dit que les opérations entre consommateurs représentent une part non négligeable des opérations portant sur de faibles montants et de gros volumes, et que les consommateurs passant par Internet ont besoin d'un système simple qui protège leurs droits. Du fait qu'il est considérablement plus difficile d'établir des règles pour les opérations entre entreprises et consommateurs et les opérations entre entreprises, sa délégation considère que le Groupe de travail devrait aussi s'intéresser aux opérations entre consommateurs.

77. **M. Chong** (Singapour) dit que son pays a une grande expérience dans le règlement des litiges en ligne. La majorité des différends relatifs à des opérations portant sur de faibles montants et de gros volumes concernent des opérations entre entreprises et consommateurs. Les opérations entre consommateurs sont beaucoup plus rares que les opérations entre entreprises et consommateurs, même s'il est souvent difficile de déterminer si l'autre partie est une entreprise ou un consommateur. En tout état de cause, les règles élaborées par le Groupe de travail pourraient être utiles pour les opérations entre consommateurs.

78. **Le Président**, pour résumer, dit que certaines délégations ont des réserves quant à la manière dont le Groupe de travail s'acquitte de son mandat, qui, pour l'heure, ne devrait pas inclure les différends relatifs à des opérations entre consommateurs. Cependant, cette position pourrait changer avec le temps.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 936e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le lundi 4 juillet 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.936]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 14 h 20.

Règlement des litiges en ligne: rapports d'activité du Groupe de travail III (A/CN.9/716 et A/CN.9/721) (*suite*)

1. **Le Président** dit que, s'agissant de la question de savoir si le mandat du Groupe de travail III devrait inclure les opérations entre consommateurs, il est important d'éviter les arguments procéduraux sur la portée précise du mandat du Groupe de travail. Il propose donc que le Groupe soit chargé de discuter des opérations entre consommateurs à titre non prioritaire tout en continuant de se concentrer avant tout sur les deux sujets qui relèvent déjà de son mandat. Il devrait être demandé au Groupe de travail de faire un rapport distinct sur la question des opérations entre consommateurs. Il faudrait aussi lui demander d'étudier soigneusement comment le régime qu'il est en train d'élaborer interférerait avec les régimes existants de protection des consommateurs et avec les politiques publiques, de façon à tenir compte des inquiétudes exprimées à cet égard par certaines délégations. De plus, la Commission pourrait souhaiter exprimer sa reconnaissance pour le travail du Groupe.

2. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie la solution que vient de suggérer le Président. Les opérations entre consommateurs ne devraient pas être au centre des travaux du Groupe de travail; cependant, il ne serait pas souhaitable de laisser une controverse au sujet du mandat du Groupe de travail détourner ce dernier de l'examen des opérations entre entreprises et consommateurs.

3. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation appuie aussi la solution suggérée par le Président. Toutefois, les instructions données au Groupe de travail devraient préciser que la protection des consommateurs doit être prise en considération non seulement dans le cadre des opérations entre consommateurs mais aussi dans celui des opérations entre entreprises et consommateurs. De plus, le Secrétariat devrait, par souci de transparence, assurer un bon suivi des activités du Groupe de travail.

4. **Le Président** considère que la Commission souhaite charger le Groupe de travail de poursuivre dans la voie qu'il a lui-même suggérée, compte tenu de ce qui vient d'être dit par le représentant de la France en ce qui concerne la protection des consommateurs.

5. *Il en est ainsi décidé.*

Sûretés: rapports d'activité du Groupe de travail VI (A/CN.9/714 et A/CN.9/719)

6. **M. Bazinas** (Secrétariat), présentant les rapports du Groupe de travail VI sur les travaux de ses dix-huitième et dix-neuvième sessions (A/CN.9/714 et A/CN.9/719), dit que, lors de sa dix-huitième session, le Groupe s'est penché sur le premier projet d'un texte, préparé par le Secrétariat, sur l'inscription des sûretés réelles mobilières. Il est parti de l'hypothèse de travail que le texte final serait un guide, assorti d'un commentaire et éventuellement de recommandations en vue d'un règlement type. Il a été convenu que le guide devrait être harmonisé avec le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

7. Le Groupe de travail a aussi examiné les questions liées aux registres électroniques, afin de s'assurer que le guide serait conforme aux textes de la CNUDCI sur les communications électroniques.

8. À la dix-neuvième session, certaines délégations ont estimé que le guide devrait être un document autonome, et qu'il devrait comprendre une partie inspirée du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties de façon à expliquer comment un registre des sûretés pourrait s'intégrer dans la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide législatif. D'autres ont estimé que le guide devrait mettre l'accent sur le règlement type et son commentaire. Les discussions plus approfondies sur ce point ont été remises à plus tard.

9. Des vues divergentes se sont exprimées quant à savoir si le texte dans sa formulation actuelle de règlement type devrait plutôt prendre la forme de recommandations, du fait qu'un règlement type peut présupposer l'existence d'une loi type sur les opérations garanties.

10. Le Groupe de travail a achevé la première lecture du projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières et le projet de règlement type et a demandé au Secrétariat de préparer une nouvelle version pour la session suivante.

11. Certaines délégations ont été d'avis que le Groupe de travail pourrait achever son travail en deux autres sessions, alors que d'autres ont estimé qu'il faudrait davantage de temps. Dans ce dernier cas, le texte ne serait pas prêt à être présenté à la Commission avant 2013.

12. Après la publication de l'ordre du jour provisoire de la session en cours de la Commission (A/CN.9/711), deux nouvelles questions ont été proposées à l'attention du Groupe de travail VI; la Commission souhaitera peut-être les prendre en considération dans son examen des rapports du Groupe de travail.

13. La première question, proposée par la Banque mondiale, est l'élaboration d'un ensemble de principes sur les opérations garanties, fondés sur le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, dans le fil de travaux précédemment effectués pour intégrer le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'ensemble de principes de la Banque mondiale sur l'insolvabilité et les droits des créanciers. La Commission, qui peut à juste titre s'enorgueillir de ce que le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties est devenu l'outil de référence commun de nombreux pays en train de revoir leur législation sur les opérations garanties, souhaitera peut-être mandater le Secrétariat pour qu'il mène des consultations avec la Banque mondiale en vue de préparer le premier projet d'un ensemble de principes à soumettre à la Commission.

14. La deuxième question est la loi applicable à l'opposabilité et l'ordre de priorité des demandes concurrentes sur des créances cédées, question traitée dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession) et le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, mais pas dans le Règlement Rome I relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles de l'Union européenne. La Commission européenne a chargé le *British Institute of International and Comparative Law* de préparer une étude et mènera des consultations sur la question après la publication de cette étude.

15. La CNUDCI souhaitera peut-être prendre note de ces développements et renouveler le mandat qu'elle a donné au Secrétariat de se coordonner avec la Commission européenne afin d'assurer une approche cohérente de la question.

16. La CNUDCI souhaitera peut-être aussi noter qu'il serait logique qu'une loi unique s'applique aux différends relatifs au financement à l'échelle internationale par cession de créances, que le tribunal saisi de l'affaire se trouve, ou non, dans un État membre de l'Union européenne.

17. La Commission européenne a fait savoir qu'elle est disposée à se coordonner avec la CNUDCI sur cette question. La CNUDCI pourrait donc souhaiter demander à la Commission européenne non seulement de s'engager dans une telle coordination mais aussi d'envisager une déclaration indiquant que les États membres de l'Union européenne sont libres de ratifier la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international qui ne sont pas couvertes par la réglementation de l'Union européenne, en particulier les différends portés en justice en dehors de l'Union européenne pour lesquels la loi applicable peut être soit la Convention soit le droit interne du pays concerné.

18. Pour l'harmonie des relations, la Commission voudra peut-être noter que la Convention des Nations Unies sur la cession ne peut pas gêner l'application d'un instrument de l'Union européenne et qu'un instrument de l'Union européenne ne peut pas faire obstacle à une convention des Nations Unies.

19. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat fera de son mieux pour que le Groupe de travail VI puisse soumettre un texte à la Commission en vue de son adoption en 2012. La coopération envisagée avec la Banque mondiale et la Commission européenne ne semble pas exiger, au stade actuel, la participation du Groupe de travail. Lorsque le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité a été intégré à la documentation de la Banque mondiale, un suivi précis du Secrétariat a été nécessaire, mais il

n'y a pas eu de réunion du Groupe de travail. M. Sorieul espère que ce précédent pourra trouver un écho dans le cas présent, en particulier du fait que le Secrétariat n'a demandé aucune ressource complémentaire pour ce travail sur l'insolvabilité, en coopération avec la Banque mondiale.

20. **Le Président** demande si la question de la promotion de la ratification de la Convention des Nations Unies sur la cession a été discutée avec la Commission européenne.

21. **M. Bazinas** (Secrétariat) rappelle que dans le rapport sur la quarantième session de la CNUDCI (A/62/17), il est déclaré que la Commission européenne partage la préoccupation du Secrétariat concernant la nécessité d'une approche coordonnée et estime qu'un manque de coordination compromettrait la sécurité juridique obtenue au niveau international sur la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers. Ce rapport indique aussi que la CNUDCI a noté avec satisfaction la volonté de la Commission européenne de coopérer avec le secrétariat de la CNUDCI afin d'assurer la cohérence entre la Convention des Nations Unies sur la cession et tout instrument élaboré par l'Union européenne, et de faciliter la ratification de la Convention par les États membres de l'Union européenne.

22. De récentes consultations ont permis de comprendre que la Commission européenne ne peut pas prendre de position plus précise sur la question avant qu'un premier projet d'instrument ait été préparé et que des consultations se soient déroulées avec les États membres.

23. **M. Lara Cabrera** (Mexique) dit que des registres des sûretés sous forme électronique devraient être mis en place, sans toutefois éliminer les versions papier, et qu'il faut veiller à assurer la cohérence avec le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières pourrait constituer un guide utile.

24. La réussite du registre électronique des sûretés lancé récemment au Mexique souligne la pertinence du travail de la Commission dans ce domaine.

25. La délégation mexicaine est favorable à une coopération entre le Secrétariat et la Banque mondiale et la Commission européenne sur les deux questions mentionnées.

26. **Mme Sabo** (Canada) dit que, puisque le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties s'est avéré un tel succès, la teneur du guide sur le registre des sûretés devrait être similaire – à savoir commentaire et recommandations. Il est prématuré, et peut-être imprudent, d'élaborer un règlement type et son commentaire: un règlement type serait trop rigide et entraînerait le risque de s'écarter du Guide législatif.

27. Mme Sabo appuie une coopération plus poussée avec la Banque mondiale sur le sujet des opérations garanties. Elle appuie aussi la coordination avec la Commission européenne en ce qui concerne la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers, car cette question nécessite une solution mondiale, et elle presse le Secrétariat d'encourager la Commission européenne à faire en sorte que les États membres de l'Union européenne puissent ratifier la Convention des Nations Unies sur la cession, s'ils le souhaitent.

28. L'examen des travaux futurs du Groupe de travail devrait être reporté jusqu'à l'achèvement du projet de guide sur les registres.

29. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) appuie la coopération entre le Secrétariat et la Commission européenne et la Banque mondiale, sans participation du Groupe de travail au stade actuel.

30. Il espère que le Groupe de travail aura un texte prêt à être adopté à la session suivante de la Commission; entre-temps, il serait prématuré d'affecter d'autres tâches au Groupe de travail. Toutefois, le moment venu, le Groupe pourrait commencer à songer à la transposition du Guide législatif en une loi type.

31. **Mme Nesdam** (Norvège), exprimant son soutien aux remarques formulées par la représentante du Canada concernant la teneur du projet de guide sur le registre des sûretés, dit que la Commission devrait apporter quelques orientations au Groupe de travail dans ce domaine.

32. **Mme Sabo** (Canada) espère que le Groupe de travail s'appuiera sur les commentaires faits au sein de la Commission, qui devraient se retrouver dans le rapport sur la session en cours.

33. **Le Président** répond qu'il pourrait être difficile pour la Commission de donner des orientations au Groupe de travail en l'absence d'avis d'experts en la matière.

34. **M. Bellenger** (France) dit que le Groupe de travail ne devrait pas anticiper une décision sur la teneur du projet de guide sur les registres; l'un des documents soumis au Groupe de travail ressemble déjà à un règlement type. Le guide sur les registres devrait plutôt prendre la forme de recommandations, comme le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, sur lequel il est basé.

35. La délégation française, qui considère que le Secrétariat devrait coopérer avec la Banque mondiale et la Commission européenne sur les questions mentionnées, convient qu'il serait prématuré de débattre des activités futures du Groupe de travail avant l'achèvement de ses travaux actuels.

36. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Lara Cabrera** (Mexique), croit comprendre que le mandat actuel du Groupe de travail lui permet de choisir le type d'instrument qui résultera finalement de ses délibérations. Sa délégation ne voit pas la nécessité de modifier le mandat à ce stade. Le Groupe devrait poursuivre son travail normalement et demander conseil à la Commission ultérieurement, si nécessaire.

37. **Le Président** considère qu'à ce stade, la Commission ne souhaite pas donner d'instructions au Groupe de travail quant à la teneur du projet de guide sur le registre des sûretés, et qu'elle souhaite que le Groupe continue ses travaux conformément à son mandat actuel. Le Groupe de travail fera rapport à la Commission qui, bien entendu, prendra la décision finale sur tout texte proposé par le Groupe de travail.

38. **Le Président** considère aussi que la Commission souhaite que le Secrétariat coopère avec la Banque mondiale et l'Union européenne dans le sens indiqué lors de la discussion.

39. *Il en est ainsi décidé*.

40. **M. Bazinas** (Secrétariat), notant que certains s'inquiètent de ce que la décision sur la forme finale du projet de guide sur le registre des sûretés ait pu être anticipée, dit que dans la prochaine version du texte, le projet sera établi aussi bien en tant que règlement type qu'en tant que recommandation, de sorte que les deux options restent soumises à la décision du Groupe de travail.

41. Deux éditions papier du Guide législatif de la CNUDCI ont été publiées; l'une est disponible dans les six langues officielles et l'autre dans toutes ces langues, sauf le français.

42. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) souligne qu'à l'avenir la plupart des textes de la CNUDCI seront publiés sous forme électronique seulement, en raison des contraintes budgétaires. Toutefois, le Secrétariat étudie la possibilité de procéder à des tirages limités à la demande, dans des cas exceptionnels.

43. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne) dit qu'il est regrettable que l'une des éditions sur papier du Guide législatif ne soit pas disponible dans les six langues officielles.

Travaux en cours et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/728 et Add.1)

44. **M. Castellani** (Secrétariat), présentant le rapport sur les travaux actuels et les travaux futurs possibles sur le commerce électronique (A/CN.9/728 et Add.1), dit que le document rend compte du colloque qui s'est tenu sur ce sujet en février 2011.

45. Le Groupe de travail sur le commerce électronique (Groupe de travail IV) n'est plus actif depuis un certain temps, mais le Secrétariat travaille sur plusieurs questions, en particulier celle des guichets uniques électroniques avec divers partenaires, dont l'Organisation mondiale des douanes (OMD). Le commerce électronique relevant aussi des activités d'autres groupes de travail, le Secrétariat s'est efforcé d'assurer la coordination entre eux et une cohérence avec les normes existant dans ce domaine. De plus, le Secrétariat reçoit régulièrement des demandes d'avis spécialisés sur le commerce électronique de la part d'organes tels que le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU); certaines de ces demandes devraient plutôt être adressées à la Commission.

46. Au colloque, certains se sont inquiétés du fait que si le Groupe de travail sur le commerce électronique continuait de ne pas se réunir pendant une période prolongée, la position de la Commission en tant qu'organe juridique central pour l'établissement des normes mondiales du commerce électronique pourrait en souffrir.

47. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) demande que le Groupe de travail IV se réunisse à nouveau, et se concentre particulièrement sur les documents transférables électroniques et les questions connexes concernant les guichets uniques, les systèmes de gestion de l'identité et les paiements mobiles, en coopération avec l'OMD et le CEFACT-ONU.

48. Si le Groupe de travail se réunit à nouveau, il devra prendre en considération la récente recommandation du CEFACT-ONU sur la certification des preuves numériques, qui soulève des questions directement liées aux lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique.

49. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne) demande que le Groupe de travail sur le commerce électronique se réunisse à nouveau. Sa délégation a déjà soumis à la quarante-deuxième session de la Commission une proposition de travaux futurs pour le Groupe (A/CN.9/682).

50. Depuis des siècles, les régimes juridiques régissant l'exercice des divers droits sont matérialisés sur du papier. Un lien fondamental s'est établi, de longue date, entre la propriété d'un droit et le document physique attestant cette propriété; le droit est transféré par le transfert de la propriété du document. Le transfert de droits sur papier est régi depuis longtemps par des règles uniformes, mais aucun cadre juridique similaire ne s'applique à l'équivalent électronique, malgré son importance croissante. De nombreux pays élaborent des lois dans ce domaine, en insistant particulièrement sur les registres. Dans un souci d'harmonisation, la Commission devrait élaborer de nouvelles normes à cet égard, en s'intéressant tout particulièrement aux documents transférables électroniques.

51. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), appuyant les remarques des représentants des États-Unis d'Amérique et de l'Espagne, dit que de nombreux participants au colloque tenu en février 2011 étaient convenus de la nécessité de réunir à nouveau le Groupe de travail IV afin d'élaborer un instrument juridique qui traiterait de tous les changements que les évolutions technologiques ont amenés dans les pratiques commerciales. Pour sa part, la délégation hondurienne est particulièrement intéressée par la proposition de mise en place de guichets uniques.

52. **Mme Aigner** (Observatrice pour l'Organisation mondiale des douanes) dit que les textes de la CNUDCI sont largement utilisés par les États membres de l'OMD. Toutefois, nombre de ces États ont des difficultés pour mettre en œuvre des guichets uniques électroniques et auraient besoin d'une assistance juridique à ce propos. Nombre des instruments actuellement disponibles ne sont pas suffisamment spécifiques pour les besoins des administrations douanières.

53. Le Groupe de travail IV devrait se réunir à nouveau le plus tôt possible afin de commencer à discuter des questions soulevées lors du récent colloque, en particulier la dématérialisation, les systèmes de gestion de l'identité et les appareils mobiles.

54. **M. Chong** (Singapour) dit que sa délégation souhaite que le Groupe de travail IV se réunisse à nouveau, en raison des évolutions importantes du commerce électronique depuis que le Groupe s'est réuni pour la dernière fois en 2004.

55. Il appuie le travail de la Commission sur le règlement des litiges en ligne, lié au commerce électronique. Parmi les sujets qui pourraient être renvoyés au Groupe de travail IV, la délégation singapourienne est particulièrement intéressée par les documents transférables électroniques et les systèmes de gestion de l'identité.

56. Singapour a été le premier pays à mettre en œuvre une législation basée sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le premier à intégrer dans sa législation la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Elle a participé aux travaux du Groupe de travail IV dans le passé et serait heureuse d'y participer encore si le Groupe se réunissait à nouveau.

57. **Mme Sabo** (Canada), dit qu'en dépit du fait que la CNUDCI travaille depuis longtemps sur le commerce électronique et a préparé d'importants instruments dans ce domaine, sa délégation n'appuie pas l'idée de réunir à nouveau le Groupe de travail à ce stade, car aucune des questions proposées n'est suffisamment avancée pour être soumise à un groupe de travail.

58. La délégation canadienne salue la coopération entre le Secrétariat et l'OMD sur la question des

guichets uniques, qui devrait se poursuivre pour l'instant en dehors d'un groupe de travail.

59. La question des systèmes de gestion de l'identité soulève un certain nombre de problèmes intéressants, mais aucun n'est suffisamment bien défini pour qu'un groupe de travail s'en saisisse. De plus, la délégation canadienne n'est pas convaincue que le cadre juridique existant pour le commerce mobile soit inadapté. Par ailleurs, nombre des questions proposées soulèvent des problèmes touchant à la vie privée et à la protection des données, qui ne relèvent pas du mandat de la Commission. Il ne serait pas non plus souhaitable de donner au Groupe de travail un mandat ouvert, car l'expérience a montré que c'est là une approche inefficace.

60. Enfin, il n'est pas indiqué de réunir à nouveau le Groupe de travail dans une période de coupes budgétaires. Mme Sabo propose que la Commission attende un an avant de reconsidérer la question.

61. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation soutient les vues exposées par la représentante du Canada. Parmi les nombreuses questions proposées, il est difficile d'en distinguer une qui serait suffisamment définie et importante pour justifier de réunir à nouveau le Groupe de travail. La question des documents transférables électroniques a déjà été abordée en vain un certain nombre de fois dans le passé. Celle des guichets uniques est importante, mais relève plus du mandat de l'OMD que de celui de la CNUDCI. Quelques questions spécifiques touchant à ce sujet pourraient être soumises à un groupe de travail, mais elles sont d'une importance secondaire. L'utilisation d'appareils mobiles dans le commerce électronique est un sujet fort intéressant à discuter, mais qui devrait être abordé avec une grande prudence, car il est directement lié aux droits du consommateur. Les systèmes de gestion de l'identité sont un sujet déjà traité dans un certain nombre de pays, et la délégation française ne s'opposerait pas à ce qu'il soit pris en compte par un groupe de travail. Toutefois, du fait qu'il touche aux questions de données personnelles et de protection de la vie privée, ce sujet est politiquement sensible. Il conviendrait donc de ne l'aborder que dans des limites strictement définies.

La séance est suspendue à 15 h 55; elle est reprise à 16 h 30.

62. **Le Président** dit qu'il semble exister un large appui de principe à l'idée de réunir à nouveau le Groupe de travail dans la mesure où un mandat suffisamment précis lui serait donné. De plus amples discussions sont nécessaires pour identifier une question que le Groupe pourrait examiner et allouer des ressources pour cette tâche.

63. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit qu'il faudra donner au Groupe de travail sur le commerce électronique des priorités et des buts clairs; un mandat ouvert ne saurait se justifier compte tenu du manque de ressources du Secrétariat. Au colloque de février 2011, des progrès ont été réalisés dans l'identification de sujets de discussion appropriés.

64. Le sujet bénéficiant du plus fort appui est celui des documents transférables électroniques, qui a déjà fait l'objet de discussions dans le passé – et tout récemment dans le cadre des Règles de Rotterdam – mais sans résultat probant. Des tentatives infructueuses ont été faites dans le secteur du transport maritime pour mettre en place un système de connaissements électroniques. Certains États ont promulgué une nouvelle législation ou tentent de résoudre la question autrement; ces efforts pourraient être le point de départ d'une discussion sur l'établissement d'un régime mondial des documents transférables électroniques.

65. Les discussions sur un tel régime toucheraient d'autres questions, notamment celle des systèmes de gestion de l'identité, qui est peut-être la plus pertinente dans le cadre de la création d'un régime juridique pour le commerce électronique. Dans ses textes existants sur le commerce électronique, la Commission a tenté de mettre en place l'équivalence des documents électroniques et des documents papier, mais a adopté une approche prudente sur toutes les questions touchant à la protection des données. La gestion de l'identité est donc un élément susceptible d'être pris en considération dans la mise en place d'un régime régissant les documents transférables électroniques.

66. La question du commerce mobile n'est pas directement liée à celle des documents transférables électroniques, mais certains aspects de cette dernière pourraient être pertinents pour le commerce mobile. D'une manière générale, les questions associées au commerce mobile ne sont pas fondamentalement différentes de celles associées au commerce électronique traditionnel. La Commission pourrait devoir se pencher sur le régime juridique prévu par la

Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, qui pourrait s'appliquer de diverses manières nouvelles dans le cas des documents transférables électroniques et du commerce mobile.

67. Le Secrétariat travaille actuellement sur la question transversale des guichets uniques électroniques en réponse à une demande de l'OMD. Si le Groupe de travail sur le commerce électronique se réunit à nouveau, il sera mieux placé pour répondre à cette demande, dès lors que l'OMD aura défini plus précisément les sujets sur lesquels il sollicitera l'expertise de la Commission.

68. Pour le Groupe de travail, l'une des options serait d'examiner toutes les questions proposées, mais de se concentrer sur la recherche de solutions définitives aux problèmes des documents transférables électroniques. Un régime efficace et largement appliqué pourrait être un complément utile aux Règles de Rotterdam.

69. Dans le passé, la CNUDCI a eu un rôle directeur dans l'établissement de régimes juridiques pour les nouvelles technologies. Toutefois, elle pourrait perdre ce rôle de premier plan si le Groupe de travail prolonge son inactivité.

70. **Le Président** croit comprendre que la question des guichets uniques électroniques n'est pas encore mûre pour que le Groupe de travail l'examine, bien que le Groupe puisse discuter les points soulevés à cet égard par l'OMD.

71. En ce qui concerne les préoccupations exprimées à propos de la trop grande portée du mandat qui serait donné au Groupe, les documents transférables électroniques semblent avoir été identifiés comme un sujet essentiel et suffisamment bien défini pour être confié au Groupe. Si, dans un an, le Groupe estime avoir assez avancé sur ce sujet pour demander un mandat plus large, la Commission pourra décider de lui confier la question des systèmes de gestion de l'identité ou celle du commerce mobile.

72. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), **M. Chong** (Singapour) et **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) approuvent la démarche proposée par le Président.

73. **M. Tornero** (observateur de l'Association du transport aérien international) dit que sa délégation est favorable à une nouvelle réunion du Groupe de travail sur le commerce électronique même si son mandat est limité aux documents transférables électroniques. Le secteur du transport aérien apprécierait particulièrement des lignes directrices quant à la façon d'appliquer les Règles de Rotterdam aux connaissements aériens et autres documents de transport. De plus, sa délégation accueillerait favorablement l'inclusion de la question des guichets uniques électroniques dans le mandat du Groupe de travail.

74. **Mme Escobar** (El Salvador) dit que sa délégation accepte volontiers la démarche proposée par le Président. Le travail sur les documents transférables électroniques pourrait être bénéfique en termes de sécurité juridique.

75. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne) dit que sa délégation est favorable à une reprise du Groupe de travail. Le travail sur le sujet des guichets uniques électroniques est bien avancé et le Groupe pourrait le mener à son terme rapidement.

76. Le transfert de documents électroniques entraîne le transfert des droits spécifiés dans ces documents. Les tentatives précédentes de traiter la question n'ont débouché que sur des solutions partielles, bien que les Règles de Rotterdam puissent être un bon point de départ pour des discussions. Une approche plus globale de la question au sein du Groupe de travail serait la bienvenue.

77. **Le Président** considère que la Commission souhaite réunir à nouveau le Groupe de travail sur le commerce électronique et lui donner pour mandat d'examiner la question des documents transférables électroniques. Si cet examen soulevait d'autres questions, comme celle des systèmes de gestion de l'identité ou celle du commerce mobile, le Groupe devrait demander à la Commission des directives quant à la manière de procéder.

78. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 16 h 55.

Compte rendu analytique de la 937e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mardi 5 juillet 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.937]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Travaux futurs possibles dans le domaine de la microfinance (A/CN.9/727)

1. **M. Lemay** (Secrétariat), présentant le point de l'ordre du jour, dit qu'en plus des activités mentionnées dans le document A/CN.9/727, le Secrétariat participe aux travaux d'un groupe interorganisations des Nations Unies créé récemment dans le but de coordonner l'action des Nations Unies dans le domaine de la microfinance. Le Programme des Nations Unies pour le développement et le Mandataire spécial du Secrétaire général pour la promotion de services financiers accessibles à tous qui favorisent le développement font partie de ce groupe. La CNUDCI est la seule institution du groupe qui consacre ses travaux aux aspects juridiques et réglementaires de la microfinance. La Commission est invitée à s'interroger sur l'utilité pour le Secrétariat de continuer à participer aux travaux du groupe.

2. **Le Président** invite les membres à se prononcer sur la question de savoir si la CNUDCI devrait, compte tenu des ressources dont elle dispose, poursuivre ses travaux dans le domaine de la microfinance et, dans l'affirmative, à indiquer la forme que ces travaux devraient prendre.

3. **Mme Sabo** (Canada) dit que, bien que des travaux supplémentaires soient nécessaires dans le domaine important qu'est la microfinance, la Commission n'a pas encore recensé les questions particulières qui mériteraient d'être examinées en profondeur. Le Secrétariat devrait donc continuer de s'efforcer de le faire, en coopération avec d'autres institutions des Nations Unies et d'autres organisations actives dans le domaine du développement, en veillant à ce que ces travaux ne chevauchent pas ceux d'autres organisations.

4. Elle espère que le Secrétariat sera capable de présenter une proposition à la Commission en 2012.

5. **M. Gandhi** (Inde), appuyant la démarche envisagée par la délégation canadienne, dit que dans son pays, un certain nombre de projets de lois concernant la microfinance, proposés par le Gouvernement central et par les gouvernements de différents États, sont devant le Parlement, et qu'un groupe de travail a été créé par le Ministère des finances en vue d'élaborer un cadre réglementaire pour ce domaine. Sa délégation estime donc qu'il est très important que la réglementation de la microfinance soit inscrite au programme de travail de la Commission.

6. **Mme Laborte-Cuevas** (Philippines), se déclarant favorable à la poursuite des travaux du Secrétariat dans le domaine de la microfinance, dit que la création d'un cadre juridique pour la microfinance faciliterait la tâche des législateurs et des décideurs dans le monde entier et en particulier dans les pays en développement.

7. **M. Obi** (Nigéria), appuyant les remarques formulées par les représentants de l'Inde et des Philippines, dit que même dans les pays où il existe des cadres juridiques et réglementaires pour la microfinance, il subsiste des lacunes auxquelles la Commission pourrait remédier.

8. Au Nigéria, les banques communautaires ont en quelque sorte assuré des services de microfinance jusqu'en 2005, date à laquelle leurs faiblesses ont conduit à mettre en place une politique d'encadrement de la microfinance prévoyant notamment la garantie des dépôts et des règles prudentielles. Il a toutefois fallu attendre avril 2011 pour que cette politique soit révisée.

9. M. Obi dit que dans la plupart des pays, dont le sien, la microfinance n'est soumise à aucun cadre réglementaire solide mais n'est que vaguement couverte par des dispositions de droit commun. Les questions indiquées au paragraphe 56 du document A/CN.9/727 correspondent aux lacunes relevées au Nigéria. Plutôt que d'attendre sa session suivante, la

Commission devrait immédiatement choisir les questions sur lesquelles le Secrétariat devrait concentrer son attention, dans la limite des ressources disponibles, et ainsi contribuer au recul de la pauvreté.

10. **Mme Escobar** (El Salvador), appuyant les observations de la représentante du Canada, dit qu'il est important de définir les questions prioritaires sur lesquelles le Secrétariat devrait concentrer son attention, d'autant que les ressources dont dispose la CNUDCI sont très limitées. À cet égard, elle se demande quel groupe de travail pourrait se charger des travaux futurs dans le domaine de la microfinance.

11. **Mme Nesdam** (Norvège) dit que sa délégation, malgré l'importance qu'elle attache à la microfinance, n'a pas d'avis arrêté sur la question de savoir si la Commission devrait mener des travaux dans ce domaine. Quoi qu'il en soit, la Commission devrait garder à l'esprit toutes les initiatives judicieuses que d'autres organisations ont prises dans le domaine de la microfinance et se consacrer aux questions pour lesquelles elle peut créer de la valeur ajoutée, à savoir celles mentionnées dans le document A/CN.9/727 aux paragraphes 56 e) (Constitution de sûretés trop importantes et recours à des garanties dépourvues de valeur économique), 56 i) (Argent électronique, y compris en tant qu'épargne; détermination du fait de savoir si les "émetteurs" d'argent électronique pratiquent une activité bancaire et doivent être réglementés; et couverture de ces fonds par des programmes d'assurance des dépôts), 56 m) (Mise en place de procédures équitables, rapides, transparentes et peu onéreuses de résolution des différends naissant d'opérations de microfinancement) et 56 n) (Facilitation de l'usage et de la transparence des prêts garantis, en particulier de ceux accordés aux microentreprises et aux PME). La dernière question mentionnée intéresse particulièrement la Norvège.

12. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne), appuyant les observations de la représentante du Canada, dit que la CNUDCI, dans le cadre de son mandat et dans la mesure des ressources dont elle dispose, devrait participer à la lutte contre la pauvreté, à condition de définir clairement les moyens d'y apporter une contribution significative. Un de ces moyens serait de promouvoir la microfinance.

13. Le fait de coopérer avec d'autres organisations et de participer à des réunions sur le sujet permettrait à la Commission de déterminer non seulement les questions qu'elle pourrait traiter mais aussi le type d'assistance juridique et réglementaire qu'elle pourrait offrir.

14. La délégation espagnole souhaiterait que le Secrétariat établisse une proposition concernant les travaux futurs dans le domaine de la microfinance, afin que la Commission puisse décider de la façon de mener ces travaux.

15. **Le Président** demande aux délégations si elles sont favorables à la démarche envisagée par la délégation canadienne, à savoir que le Secrétariat soumette une proposition à la Commission en 2012, ou à la proposition de la délégation nigériane de sélectionner immédiatement des questions.

16. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), après avoir salué les travaux déjà effectués par le Secrétariat dans le domaine de la microfinance et appuyé pleinement la poursuite de ces travaux dans un souci d'inclusion financière, dit que la Commission, lorsqu'elle choisira les questions à examiner à l'avenir, devrait garder à l'esprit son mandat et les travaux effectués par d'autres organisations et tâcher d'éviter tout chevauchement d'efforts. À cet égard, sa délégation soutient la démarche envisagée par la délégation canadienne.

17. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), exprimant son soutien à la démarche envisagée par la délégation canadienne, dit que la microfinance revêt une importance particulière pour des pays comme le Honduras, qui a adopté en 2007 une loi encourageant les PME et les microentreprises afin de lutter contre la pauvreté et le chômage.

18. **M. León Vargas** (Mexique) dit que sa délégation, qui soutient la démarche envisagée par la délégation canadienne, convient que les travaux de la Commission dans le domaine de la microfinance devraient être clairement délimités afin, notamment, d'éviter les chevauchements d'efforts.

19. **M. Seweha Boles** (Égypte) dit que la microfinance peut, en donnant de l'autonomie aux populations les plus pauvres, servir de moteur de développement économique. Cependant, les conditions exorbitantes trop souvent imposées par les agences de crédit aux emprunteurs, par exemple des taux d'intérêt élevés, sont au nombre des problèmes qu'elle soulève. L'Égypte légifère donc actuellement afin de permettre aux PME et aux microentreprises d'emprunter à des

conditions équitables. Cependant, elle s'est heurtée à des difficultés liées à d'éventuels conflits avec les dispositions du droit civil, surtout en ce qui concerne l'affectation de biens en garantie. Elle souhaiterait que le Secrétariat réalise une étude sur la façon dont ces problèmes ont été résolus dans d'autres pays.

20. **M. Okoth** (Kenya) dit que les institutions de microfinance jouent un rôle important dans le développement économique de son pays et représentent une proportion considérable du secteur bancaire informel.

21. **Le Président** dit que la Commission semble largement favorable à la poursuite des travaux sur la microfinance et de la coopération entre le Secrétariat et d'autres organisations dans ce domaine. Il lui suggère de demander au Secrétariat d'envoyer un bref questionnaire à tous les États pour les inviter à partager leur expérience et à indiquer les problèmes qu'ils rencontrent, notamment en ce qui concerne la création de cadres juridiques et réglementaires pour la microfinance. Le Secrétariat pourrait présenter un résumé des informations reçues à la session suivante de la Commission.

Il en est ainsi décidé.

22. **Le Président** suggère également que la Commission choisisse, parmi les questions figurant au paragraphe 56 du document A/CN.9/727, celles sur lesquelles le Secrétariat concentrera son attention. La représentante de la Norvège a mis en exergue les questions mentionnées aux alinéas e), i), m) et n).

23. **M. Obi** (Nigéria) dit que dans son pays, des restrictions limitent la participation de la microfinance à certaines activités bancaires qui sont habituellement l'apanage des banques traditionnelles, comme les opérations de change, que ce soit au niveau interne ou international. À sa connaissance, c'est aussi le cas dans d'autres pays. La question mentionnée à alinéa g) revêt donc un degré de priorité moindre pour l'instant, bien qu'elle puisse gagner en importance à l'avenir.

24. Il pense comme la délégation norvégienne que la question mentionnée à l'alinéa e) est importante, car la prise de sûretés excessives est contraire à la nature même de la microfinance.

25. Les questions mentionnées aux alinéas i), m) et n) devraient être examinées. Cependant, l'objectif principal des travaux de la Commission dans le domaine de la microfinance est d'améliorer le cadre juridique et réglementaire. La question a) (Nature et qualité de l'environnement réglementaire, y compris les institutions à réglementer, les organismes de contrôle et le fait de savoir s'il faudrait réglementer un type d'activité (microcrédit) ou un type d'entité) est donc primordiale.

26. **M. Galindo Cruz** (Mexique) soutient la proposition de la représentante de la Norvège.

27. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation ne voit pas d'objection à ce que les questions choisies par la représentante de la Norvège soient examinées car elles sont liées d'une façon ou d'une autre aux travaux que mène habituellement la CNUDCI dans d'autres domaines. Il note toutefois avec préoccupation que l'alinéa a) a une portée relativement étendue puisqu'il touche à des questions de réglementation bancaire relevant de la compétence d'autres organisations. Il conseille donc la prudence à cet égard.

28. **Le Président** convient que la question mentionnée à l'alinéa a) est vaste, mais comme l'a dit le représentant du Nigéria, l'élaboration du cadre réglementaire est l'objectif général des travaux de la Commission liés à la microfinance. L'alinéa a) ne doit pas être pris au pied de la lettre. La Commission conviendra certainement qu'elle ne devrait pas s'occuper de questions concernant les banques commerciales.

29. **M. Lemay** (Secrétariat) dit qu'il a toujours été clair pour le Secrétariat que les travaux de la CNUDCI ne devaient pas chevaucher ceux d'autres organisations travaillant dans le domaine de la réglementation bancaire. La plupart des institutions de microfinance sont de petite taille et n'acceptent pas de dépôts. Elles n'entrent donc pas dans le champ de la réglementation bancaire normale.

30. **M. Obi** (Nigéria) dit que les tribunaux nigérians distinguent différentes catégories de banques et que les institutions de crédit qui n'acceptent pas de dépôts ne sont pas soumises actuellement aux règles de la Banque centrale du Nigéria. Les travaux de la Commission seraient donc particulièrement utiles pour ce type d'institutions.

31. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite demander au Secrétariat de concentrer son attention sur les questions mentionnées

aux alinéas e), i), m) et n) du paragraphe 56 du document A/CN.9/727, en gardant à l'esprit que l'objectif général de la Commission est d'aider à définir un cadre juridique et réglementaire, comme indiqué à l'alinéa a).

Il en est ainsi décidé.

Approbation de textes d'autres organisations: révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande publiée par la Chambre de commerce internationale.

32. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la Chambre de commerce internationale (CCI) a demandé à la Commission d'avaliser la révision 2010 de ses Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758). Il rappelle que la Commission a avalisé la version précédente des Règles et attire l'attention sur l'interopérabilité des Règles et de la Convention de 1995 des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. Les Règles ne sont pas contraignantes mais sont toutefois importantes pour la codification du commerce international.

33. **Mme Hauptmann** (Observatrice de la Chambre de commerce internationale (CCI)) dit que, malgré les diverses initiatives lancées depuis les années 1980 pour uniformiser les dispositions du droit international concernant les garanties, celles-ci sont pour la plupart toujours régies par les législations locales. Aussi, en cas de litige, les parties sont confrontées à des lois différentes et à des règles locales qu'elles ne connaissent pas. Les marchés émergents pâtissent particulièrement de leur inexpérience dans le domaine des garanties internationales. Les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) ont été établies afin d'aplanir les différences et de mettre les parties concernées par les garanties sur un pied d'égalité indépendamment du système juridique, économique ou social dont elles dépendent.

34. Les RUGD 458 correspondaient aux pratiques du marché au début des années 1980, mais le monde a complétement changé depuis. Les utilisateurs des Règles dans le monde entier ont communiqué les informations nécessaires à leur révision dans les avis qu'ils ont soumis au groupe de travail de la CCI chargé des garanties.

35. La version révisée des RUGD (RUGD 758), qui a été approuvée à la quasi-unanimité des voix par la Commission bancaire de la CCI et sa Commission du droit et des pratiques commerciales en novembre 2009 et adoptée par son Conseil exécutif en décembre 2009, est entrée en vigueur le 1er juillet 2010.

36. Cette entrée en vigueur a été bien accueillie. Le pourcentage de garanties soumises aux RUGD 758 (comparé au pourcentage de celles soumises aux RUGD 458 ou à aucune règle) a augmenté de façon très satisfaisante, et cette augmentation a été particulièrement marquée dans les pays qui s'étaient montrés réticents à l'égard des RUGD 458.

37. Les RUGD 758 reprennent l'approche équilibrée des RUGD 458. Cependant, elles évitent autant que possible d'utiliser des termes imprécis tels que "délai raisonnable" et "soin raisonnable", et elles sont aussi plus complètes que les RUGD 458 car elles traitent de pratiques importantes qui ne figuraient pas dans ces dernières. Elles comprennent en outre un certain nombre d'innovations répondant notamment au souci d'éviter les litiges inutiles.

38. Les RUGD 758 ont déjà été traduites dans plus de 20 langues, et doivent encore l'être dans plusieurs autres.

39. Les milliers de participants qui ont été formés à l'application des RUGD 758 lors d'une bonne centaine de séminaires organisés dans plus de 40 pays sont tous convenus que celles-ci représentaient une amélioration notable du point de vue tant du champ d'application que du contenu.

40. Au lendemain de la crise la plus grave qui ait jamais touché le crédit commercial, il faut de la sécurité, de la prévisibilité et de la transparence. Les RUGD 758 répondent à ce besoin.

41. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) donne lecture du projet de décision suivant en vue de son adoption:

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

Remerciant la Chambre de commerce internationale de lui avoir communiqué le texte révisé des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, qui a été approuvé par le Comité directeur de la Chambre de commerce internationale le 3 décembre 2009, avec effet au 1er juillet 2010,

Félicitant la Chambre de commerce internationale d'avoir apporté une nouvelle contribution à la facilitation du commerce international en rendant ses règles relatives aux garanties sur demande plus claires, plus précises et plus complètes et en y incorporant des dispositions novatrices qui tiennent compte des pratiques actuelles,

Notant que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande constituent une précieuse contribution à la facilitation du commerce international,

Recommande l'utilisation de la révision 2010 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, selon qu'il conviendra, dans les opérations assorties de garanties sur demande."

La décision est adoptée.

Assistance technique en matière de réforme du droit (A/CN.9/722 et 724)

42. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), présentant le point de l'ordre du jour, estime important pour l'avenir de la Commission que celle-ci puisse mettre en œuvre des programmes d'assistance technique pour faire en sorte que les États connaissent et appliquent effectivement un plus grand nombre de ses textes.

43. La Commission doit maintenant faire d'urgence le point sur les résultats assez limités obtenus à ce jour en la matière.

44. Lors de la rédaction des textes, les travaux sont intensifs et les États y participent très activement, mais les efforts se relâchent considérablement au stade de la mise en application. Cela est dû en partie au fait que les personnes et les institutions qui participent aux négociations à la CNUDCI ne sont pas les mêmes que celles qui procèdent aux réformes législatives dans les États.

45. Dans le contexte des efforts du Secrétariat visant à faire participer davantage les États à l'application des textes de la CNUDCI, le document A/CN.9/724 évoque notamment la possibilité de créer des centres régionaux de la CNUDCI.

46. **M. Castellani** (Secrétariat), présentant le document A/CN.9/724, dit que les rapports du Secrétariat sur les activités de coopération et d'assistance techniques montrent que ces dernières années, celui-ci est passé d'une approche réactive à une approche proactive.

47. Le partage des enseignements tirés et des meilleures pratiques a eu des effets positifs dans des domaines comme l'arbitrage et le commerce électronique, où le nombre de décisions incorporant les textes de la CNUDCI dans la législation a augmenté de manière significative.

48. La création d'une norme législative internationale se fait en quatre étapes. Pour commencer, la Commission choisit un sujet. Un texte est ensuite rédigé par un groupe de travail et la Commission. Lors de la troisième étape, le texte est adopté dans différents États ou territoires et appliqué. La quatrième étape consiste à examiner l'interprétation du texte, activité pour laquelle le système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et les sentences arbitrales (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI) s'est révélé très utile.

49. Le document A/CN.9/724 décrit un cadre stratégique pour les activités d'assistance technique. Le Secrétariat apprécierait que la Commission le conseille sur la façon d'améliorer ce cadre.

50. Il est important de souligner que le cadre stratégique privilégie les activités régionales, car il est plus rentable d'organiser des séminaires et des ateliers au niveau régional qu'au niveau national.

51. Encourager l'adoption universelle de certains textes de la CNUDCI pourrait constituer un domaine d'activité du Secrétariat. L'adoption universelle de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) et de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises pourrait notamment être importante pour l'avenir de la Commission.

52. Concernant l'adoption des textes récents, le Secrétariat s'efforce de faire connaître ces textes à un auditoire plus large et d'expliquer pourquoi il est utile de les adopter sans délai.

53. Récemment, le Secrétariat a coordonné des activités visant à mieux faire connaître la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, aussi connue sous le nom de

Règles de Rotterdam. Le Comité maritime international (CMI) a envoyé à la Commission une lettre dans laquelle il souligne qu'il est important que tous les pays ratifient rapidement les Règles de Rotterdam, lesquelles traitent toutes les questions concernant le transport maritime qui sont essentielles pour tous les acteurs du commerce international. Si les Règles ne sont pas ratifiées dans le monde entier, le transport commercial international sera régi par des dispositions différentes, voire contradictoires, ce qui se traduira par des frictions et des surcoûts. Le CMI propose de soutenir les activités de sensibilisation du Secrétariat.

54. Le Secrétariat est prêt à aider les États à adopter et à appliquer n'importe quel texte de la CNUDCI mais ses ressources étant extrêmement limitées, il utilise de plus en plus le site Internet de la CNUDCI pour diffuser les informations.

55. Concernant les questions financières, l'Indonésie a versé une contribution au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, et plusieurs sources mettent à disposition des fonds importants pour les activités de réforme du droit commercial. Sur ce dernier point, le Secrétariat estime qu'il serait utile qu'il soit associé à un stade plus précoce aux réformes législatives, et il accueillera favorablement toute suggestion visant à mieux coordonner dans ce but son action avec celle des organismes d'aide au développement, qui sont de plus en plus sensibles aux avantages de la réforme du droit commercial pour le développement économique.

56. **Le Président** remercie l'Indonésie de sa contribution au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

57. **M. Bellenger** (France) dit que, de l'avis de sa délégation, l'analyse du Secrétariat concernant les problèmes liés à la promotion de la réforme du droit commercial est juste.

58. Il propose que le Secrétariat prenne contact avec les missions permanentes à Vienne pour leur demander de financer ses activités de coopération et d'assistance techniques, qui sont importantes pour le développement de l'état de droit.

59. **Le Président** ajoute que les membres de la Commission et de ses groupes de travail devraient aider à promouvoir les textes de la CNUDCI en intervenant auprès des ministères.

60. **M. Sorieul** (Secrétariat), répondant à une question soulevée par **Mme Sabo** (Canada), dit que comme les réunions sont financées par le budget ordinaire tandis que la coopération et l'assistance techniques le sont en grande partie par des fonds extrabudgétaires, ces deux domaines d'activité n'entrent pas en concurrence pour l'attribution des ressources.

61. Il remercie le représentant de la France pour sa proposition, à laquelle le Secrétariat donnera suite.

62. À cet égard, il est important que les membres de la Commission et le Secrétariat trouvent les bons interlocuteurs dans les États et les organisations. Les membres de la Commission demandent fréquemment au Secrétariat de mettre en place des mécanismes de communication plus efficaces pour les inviter aux réunions car les canaux diplomatiques, qui doivent être utilisés, sont souvent inefficaces, et il est encore plus difficile d'entrer en contact avec les autorités responsables de la réforme législative dans les États qui ne sont habituellement pas représentés à la Commission.

63. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), après avoir félicité le Secrétariat pour le document A/CN.9/724, note qu'au paragraphe 46 de ce document, il est dit que la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux a reçu pendant la période considérée les ratifications du Honduras et de Singapour, soit seulement deux pays. Il recommande vivement à la Commission et au Secrétariat de redoubler d'efforts pour promouvoir la Convention et aux pays de soutenir leurs efforts de promotion.

64. **Le Président**, remerciant le représentant de la France pour sa proposition, dit que le Secrétariat devrait peut-être envoyer les invitations à la fois par les voies officielles et par l'entremise des membres de la Commission.

65. Les problèmes liés à l'application des textes de la CNUDCI ne sont pas seulement dus à la méconnaissance de ces textes. Les législateurs doivent examiner les interactions entre ces textes et les cadres juridiques nationaux, et cette question ne peut être traitée que dans le cadre d'un dialogue avec le Secrétariat. Il convient d'en tenir compte lorsqu'il

s'agit d'évaluer l'efficacité des activités de sensibilisation du Secrétariat.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 938e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mardi 5 juillet 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.938]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Assistance technique en matière de réforme du droit (*suite*) (A/CN.9/722 et 724)

1. **M. Galindo Cruz** (Mexique) demande dans quelle mesure les rouages des Nations Unies tels que les centres d'information peuvent être utilisés pour faciliter les activités de coopération et d'assistance techniques visant à promouvoir les textes de la CNUDCI.

2. Se référant au système CLOUT (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI), il demande quel rôle pourraient jouer les correspondants nationaux dans ces activités.

3. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que de nombreux mécanismes des Nations Unies diffusent des informations concernant la CNUDCI, mais qu'il faudrait trouver des moyens de diffusion supplémentaires.

4. Le réseau des correspondants nationaux du système CLOUT travaille efficacement depuis de nombreuses années, souvent en tandem avec des universités et des établissements d'enseignement qui jouent un rôle dans la collecte des données et les processus décisionnels.

5. En dépit de son succès, le système CLOUT, qui est le seul système multilingue de ce type, voit les ressources financières mises à sa disposition s'amenuiser. Ce problème figurera à l'ordre du jour d'une prochaine réunion avec les correspondants nationaux.

6. **M. Lebedev** (Fédération de Russie) dit que certains des textes de la CNUDCI ont fait l'objet d'amples débats, alors que d'autres, comme la Convention sur les communications électroniques, sont largement passés inaperçus et sont donc méconnus.

7. Il faut soutenir les efforts des experts nationaux visant à promouvoir les textes très complexes qu'élabore la CNUDCI, et des ateliers et séminaires sur les textes qui ne bénéficient pas encore d'une large adhésion doivent être organisés avec l'assistance du Secrétariat.

8. Outre Internet et les autres médias modernes, il faut utiliser les moyens de diffusion "démodés" comme les revues spécialisées.

9. Il est particulièrement regrettable que la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les Règles de Rotterdam), bien qu'ayant été signée par 23 États, n'ait encore été ratifiée que par l'Espagne.

10. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne), évoquant les faits nouveaux survenus dans son pays, dit que la loi espagnole sur l'arbitrage a été réformée récemment, conformément aux dispositions de la Loi type de 2003 de la CNUDCI, dans des domaines tels que l'assistance juridique pour l'arbitrage, la compétence des tribunaux et les clauses d'arbitrage figurant expressément dans les statuts des sociétés.

11. En ce qui concerne les Règles de Rotterdam, outre qu'elle les a ratifiées, l'Espagne a organisé des manifestations spéciales pour en faire connaître les dispositions.

12. **M. Jezewski** (Pologne) propose de demander aux associations professionnelles telles que les barreaux d'aider à mieux faire connaître les textes de la CNUDCI et d'utiliser ces textes pour la formation des juges et d'autres professionnels du droit. En Pologne, les textes de la CNUDCI peuvent être invoqués devant les tribunaux.

13. Il serait bon aussi que l'enseignement dispensé aux étudiants en droit traite de la CNUDCI et de son rôle en droit commercial international.

14. **Le Président** invite le Secrétariat à prendre note des vues exprimées au sujet des experts nationaux, des barreaux et des étudiants en droit.

15. Une manière de mieux faire connaître les textes de la CNUDCI serait de poursuivre le processus de régionalisation du travail de la CNUDCI lancé par le Secrétariat, dans le cadre duquel la République de Corée est susceptible de jouer un rôle éminent.

16. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat, qui attache une grande importance à la création de bureaux régionaux, a envoyé des notes verbales à tous les États pour les encourager à accueillir ou financer de tels bureaux. À ce jour, des manifestations d'intérêt ont été reçues de pays d'Amérique latine (République dominicaine et El Salvador), d'Asie (Malaisie et Singapour, en plus de la République de Corée) et d'Afrique (Kenya). C'est avec la République de Corée, qui a offert de financer à 100 % la création et le fonctionnement d'un centre régional sur son territoire, que les discussions sont les plus avancées.

17. Ces centres régionaux, grâce à leur connaissance du contexte régional, pourraient être utiles pour promouvoir l'assistance et la coopération techniques destinées à faciliter l'application des textes de la CNUDCI. Ils pourraient l'être aussi en faisant remonter l'information régionale jusqu'à la CNUDCI, l'objectif étant d'établir une communication à double sens.

18. Le Secrétariat, qui n'a jamais créé de centres régionaux auparavant, recherche les conseils d'organes ayant une telle expérience.

19. Les centres régionaux, une fois créés, fonctionneront aussi longtemps que le financement nécessaire sera assuré, et leur personnel sera engagé à titre temporaire.

20. Les dispositions contractuelles seront arrêtées à New York.

21. **Mme Sabo** (Canada) dit que sa délégation, tout en reconnaissant la nécessité des centres régionaux, considère qu'il est crucial que leur création et leur fonctionnement n'aient aucune incidence sur le budget ordinaire de la CNUDCI ni sur les frais de voyage du personnel du Secrétariat.

22. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) répond qu'aucune incidence sur le budget ordinaire n'est prévue et que les crédits ouverts au budget pour les voyages du personnel du Secrétariat en 2012-2013 ont diminué par rapport 2010-2011.

23. **Mme Jamschon MacGarry** (Argentine) dit que son pays souhaiterait accueillir un centre régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes et recevoir des informations et des conseils de la part du Secrétariat.

24. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) répond que le Secrétariat fournira ces informations et conseils avec plaisir.

25. **M. Rha** (République de Corée) rappelle que l'offre qu'a faite son pays d'accueillir un centre régional figure dans le document de séance A/CN.9/XLIV/CRP.4 (paragraphe 6) et que son Gouvernement financerait également la tenue de séminaires et d'autres manifestations au centre régional.

26. **Le Président** espère que le centre régional de la CNUDCI en République de Corée sera le premier d'une longue liste qui ne se limitera pas à la région Asie-Pacifique.

27. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), remerciant le Gouvernement de la République de Corée, dit que les centres régionaux pourraient être de la plus grande utilité. Cependant, sa délégation partage les préoccupations de la délégation canadienne sur le financement et souhaite que le Secrétariat fasse rapport tous les ans à la Commission sur le fonctionnement des centres régionaux qui auront été créés.

28. **Le Président** considère que la Commission souhaite recevoir du Secrétariat des rapports annuels sur le fonctionnement des centres régionaux qui auront été créés, y compris sur leur situation financière.

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. **M. Phua** (Singapour) dit que les centres régionaux de la CNUDCI seraient particulièrement utiles aux pays en développement.

31. Son Gouvernement, qui a grandement apprécié l'offre de la République de Corée d'accueillir un tel centre, est en pourparlers avec le Secrétariat au sujet de la création d'un centre à Singapour.

32. **Mme Sabo** (Canada) dit que sa délégation salue l'assurance donnée par le Secrétaire de la Commission que la création et le fonctionnement des centres régionaux n'auront pas d'incidence sur le budget ordinaire de la CNUDCI. Cependant, elle craint que le personnel du Secrétariat à Vienne ne doive consacrer

du temps et de l'énergie à appuyer les activités de ces centres.

33. La Commission devra être prudente car la multiplication des centres régionaux pourrait nuire au travail de la CNUDCI dans son ensemble.

34. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat est heureux que Singapour ait exprimé le souhait d'accueillir un centre régional.

35. En ce qui concerne les points soulevés par la représentante du Canada, l'établissement de centres régionaux imposerait un travail de suivi au personnel du Secrétariat afin de veiller à ce que le personnel des centres soit convenablement formé, mais la formation aurait lieu principalement à Vienne.

36. Le financement des tâches administratives incombant au Secrétariat du fait de la création des centres régionaux sera assuré par les pays donateurs, par exemple la République de Corée.

37. Certes les membres du personnel du Secrétariat devront consacrer du temps et de l'énergie pour former leurs collègues du centre régional qui doit être créé en République de Corée mais ce sera un investissement utile, car ce centre aidera grandement le Secrétariat à promouvoir l'usage des textes de la CNUDCI au travers d'ateliers régionaux et autres manifestations semblables.

38. En ce qui concerne les frais de voyage du personnel du Secrétariat, les crédits budgétaires ouverts à ce titre auront été réduits de près de moitié en cinq ans d'ici à 2013. Si le Secrétariat doit continuer ses activités de coordination et de promotion de l'utilisation des textes de la CNUDCI, des fonds devront être alloués de quelque autre manière pour couvrir les frais de voyage du personnel du Secrétariat. Les offres de contributions des pays au financement de ces frais seront particulièrement bienvenues.

39. **M. Galindo Cruz** (Mexique) dit que son pays n'est pas en mesure de financer l'établissement d'un centre régional au Mexique mais apprécierait que la CNUDCI y soit présente, sous une forme ou une autre.

40. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) répond que d'autres possibilités que la création de centres régionaux sont à l'étude, comme l'organisation de vidéoconférences.

41. **M. Piedra** (Observateur de l'Équateur) dit que malgré ses difficultés financières actuelles, son pays a l'intention de continuer à travailler avec la CNUDCI, qu'il faut féliciter d'avoir trouvé des façons de mieux communiquer avec les pays en développement sur les questions de droit commercial international.

42. Des mécanismes doivent être créés pour financer les centres régionaux, qui pourraient être un excellent moyen de promouvoir les textes élaborés par la CNUDCI.

43. L'Équateur attend avec impatience la création d'un centre régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes et se tient prêt à y contribuer.

44. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit qu'un centre régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes pourrait apporter une aide considérable à son pays pour la rédaction d'une législation sur le commerce.

45. **Le Président** constate que l'idée de créer des centres régionaux bénéficie d'un large soutien. Cependant, les centres régionaux ainsi créés devront être totalement autosuffisants et la Commission devra être tenue informée des aspects financiers de leurs activités.

46. L'offre de la République de Corée ayant manifestement été fort bien accueillie par la Commission, le Bureau des affaires juridiques de l'ONU va pouvoir prendre des dispositions en vue de la création d'un centre régional dans ce pays.

Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI (A/CN.9/726)

47. **M. Lemay** (Secrétariat) présente le document A/CN.9/726, dans lequel figurent notamment des informations sur la situation actuelle du système CLOUT (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI).

48. **Le Président** dit qu'il est nécessaire que la Commission prenne une décision sur le devenir du système CLOUT.

49. Pour que l'interprétation et l'application uniformes des textes de la CNUDCI puissent être assurées alors que la jurisprudence évolue, il faut que les décisions fondées sur ces textes soient présentées et analysées dans des précis de jurisprudence.

Malheureusement, la compilation de ces précis, qui devrait se faire sur une base annuelle pour que le système CLOUT soit véritablement utile, a pris du retard.

50. Le Président propose que soit envisagée la création d'un "fonds CLOUT" pour la compilation des précis de jurisprudence, auquel les États pourraient contribuer.

La séance est suspendue à 15 h 40; elle est reprise à 16 h 10.

État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI (A/CN.9/723 et A/CN.9/722)

51. **M. Emery** (Secrétariat), présentant le document A/CN.9/723, dit que les informations concernant l'état des conventions issues des travaux de la CNUDCI et la promulgation de législations fondées sur les lois types de la CNUDCI constituent un indicateur de l'influence des textes de la CNUDCI.

52. En plus des informations fournies dans le document A/CN.9/723, la Commission souhaitera peut-être noter l'adoption par la Malaisie, en 2005, d'une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, et l'adoption par le Monténégro, en 2005, d'une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

53. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de l'application des textes de la CNUDCI. Récemment, pourtant, nombre de législations fondées sur les lois types de la CNUDCI ont été adoptées dans les domaines de l'arbitrage et de la conciliation, ainsi que du commerce électronique.

54. Le Secrétariat apprécie beaucoup que les États le tiennent au courant des législations qu'ils adoptent en se fondant sur les textes de la CNUDCI et serait heureux qu'ils lui suggèrent des moyens de vérifier l'influence de ces textes.

55. Attirant l'attention sur le "Tableau chronologique des actes accomplis en rapport avec les conventions" figurant dans le document A/CN.9/723, **M. Emery** suggère que, par souci de concision, ce tableau ne figure pas dans les documents ultérieurs.

56. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat souhaite que tous les États l'informent de toutes les modifications apportées à leur législation sur la base des textes de la CNUDCI afin qu'il puisse être tenu compte en tout ou partie de ces modifications dans les textes élaborés ultérieurement par la CNUDCI.

Coordination et coopération

a) Généralités (A/CN.9/725)

57. **M. Lemay** (Secrétariat), présentant le document A/CN.9/725, dit qu'on y trouvera des informations sur la coopération entre la CNUDCI et d'autres organisations œuvrant dans le domaine du droit commercial international, notamment l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et la Conférence de La Haye de droit international privé. Ce document fournit aussi des informations sur la participation du Secrétariat aux travaux, entre autres, de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, de l'Organisation de coopération et de développement économiques, de la Banque mondiale, de l'Union européenne, de l'Organisation internationale de droit du développement et de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe.

b) Coordination dans le domaine des sûretés (A/CN.9/720)

58. **M. Bazinas** (Secrétariat), présentant le document A/CN.9/720, dit qu'en 2008 la Commission a demandé au Secrétariat d'établir, en coopération avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé et le secrétariat d'UNIDROIT, un document expliquant les liens entre les textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'UNIDROIT concernant les sûretés, qui se chevauchent dans une certaine mesure; ce mandat a été renouvelé en 2009. Le document A/CN.9/720, établi en réponse à cette demande, indique clairement que les États peuvent adopter tous les textes sans créer de conflits de lois.

59. Le Secrétariat espère que la Commission donnera son accord pour que ce document paraisse en tant que publication des Nations Unies destinée à la vente.

60. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique), accueillant avec satisfaction le document A/CN.9/720, croit comprendre qu'il pourrait exister un chevauchement

entre la Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautique à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, ainsi qu'entre la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international et la Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement.

61. S'agissant de la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés, la colonne "Opérations ou questions visées", à la page 11 du document A/CN.9/720, ne fait référence qu'aux "titres intermédiés", alors que, selon lui, la Convention couvre aussi les opérations/questions concernant des titres non intermédiés.

62. **M. Estrella Faria** (Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)), répondant au premier point soulevé par le représentant des États-Unis, souligne que la colonne "Principales exclusions et limitations", à la page 9 du document A/CN.9/720, contient la mention suivante: "gros matériels aéronautiques, à moins que les parties ne conviennent d'être régies par la Loi type".

63. S'agissant du deuxième commentaire, sur les titres non intermédiés, le point soulevé est technique et M. Estrella Faria est disposé à en discuter avec le secrétariat de la CNUDCI. En tout état de cause, il n'a pas le sentiment que la Convention d'UNIDROIT en question couvre aussi les transactions/questions concernant les titres non intermédiés. Ce pourrait n'être qu'une question de terminologie.

64. M. Estrella Faria exprime l'espoir que d'autres documents de ce type seront bientôt produits en collaboration.

65. **Mme Sabo** (Canada) dit que le document, qu'elle accueille favorablement, est le fruit du type de collaboration que la Commission encourage. Sa délégation espère que toutes les questions en suspens seront résolues et que le document sera publié rapidement.

66. Elle espère également que d'autres documents de ce type élaborés en collaboration paraîtront en temps utile.

67. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), répondant aux dernières remarques de l'observateur d'UNIDROIT et de la représentante du Canada, dit qu'il n'y aura pas nécessairement d'autres documents comme celui qui est à l'examen, dont l'objectif est d'éliminer les incertitudes dues à la coexistence de textes produits par différentes organisations qui travaillent dans des domaines semblables. Cependant, le Secrétariat espère continuer à coopérer avec d'autres organisations, et pas seulement pour éliminer de telles incertitudes.

68. **Le Président** suggère que la Commission approuve le document en vue de sa publication, sous réserve que les points soulevés par le représentant des États-Unis soient éclaircis.

69. *Il en est ainsi décidé*.

c) Rapports d'autres organisations internationales

70. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) rappelle que l'observateur de la CNUCED et l'observateur du Comité maritime international ont déjà présentés des rapports.

71. **M. Estrella Faria** (Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)), se référant à la section II.A.1 du document A/CN.9/725, où sont décrites diverses activités récentes d'UNIDROIT, dit qu'en 2012 UNIDROIT demandera à la CNUDCI de donner son aval à la troisième édition des Principes relatifs aux contrats du commerce international.

72. Évoquant les travaux d'élaboration d'un projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap), l'intervenant annonce qu'une conférence diplomatique sera organisée à Berlin du 27 février au 9 mars 2012 en vue de l'adoption du projet de protocole.

73. Depuis la première réunion de son Comité sur les marchés émergents, UNIDROIT a commencé à élaborer un guide législatif sur les principes et les règles applicables aux transactions sur les titres dans les marchés émergents et il espère que la deuxième réunion du Comité se tiendra les 28 et 29 mars 2012 dans l'un de ses États membres appartenant à la catégorie des marchés émergents.

74. En ce qui concerne l'élaboration d'une loi type sur la compensation des instruments financiers, qu'UNIDROIT considère comme hautement prioritaire, la première réunion d'un groupe d'experts des banques centrales, des organismes de réglementation, des universités et des institutions financières s'est déroulée en avril 2011 à Rome. Une deuxième réunion doit se tenir en septembre 2011, et l'intervenant espère que le secrétariat de la CNUDCI y sera représenté, compte tenu des travaux qu'UNIDROIT et la CNUDCI mènent en coopération sur les questions relatives à l'insolvabilité.

75. Il ressort de ses consultations avec la FAO qu'UNIDROIT pourrait contribuer à l'élaboration de lignes directrices sur les aspects juridiques des contrats d'investissement à long terme dans la production agricole, et de ses consultations avec le Fonds international de développement agricole qu'il pourrait contribuer à l'élaboration de politiques et de lignes directrices législatives ou contractuelles visant à faciliter l'insertion des agriculteurs des pays en développement dans des filières intégrées. UNIDROIT entend organiser un colloque en novembre 2011 à Rome, afin notamment de promouvoir: l'investissement dans le secteur agricole dans les pays en développement; l'insertion des petits agriculteurs dans des filières intégrées; et la mobilisation de capitaux pour le financement de la production agricole.

76. De plus, des consultations avec la FAO ont souligné l'intérêt que pourrait présenter une initiative UNIDROIT-CNUDCI sur les projets agricoles de grande ampleur dans les pays en développement.

77. UNIDROIT étudie la possibilité de lancer des travaux sur la responsabilité civile en cas de défaillance des systèmes mondiaux de navigation par satellite et espère tenir des consultations sur ce sujet en novembre.

78. UNIDROIT est disposé à poursuivre sa coopération avec la CNUDCI, à laquelle il attache une grande importance, en particulier en cette période de forte restriction des ressources.

79. **M. Tata** (Observateur de la Banque mondiale) dit que la Banque mondiale remercie la CNUDCI pour sa collaboration dans des domaines tels que l'établissement de cadres juridiques régissant les marchés publics, l'arbitrage et la conciliation, l'insolvabilité internationale et la microfinance.

80. La Banque mondiale apprécie grandement la collaboration de la CNUDCI à ses travaux visant à élaborer des régimes efficaces en matière d'opérations garanties et le soutien qu'elle apporte à son Équipe spéciale sur l'insolvabilité et les relations créditeur/débiteur.

81. La Banque mondiale a aussi beaucoup apprécié la diligence avec laquelle le Secrétariat a mobilisé les compétences nécessaires pour faciliter la mise en œuvre des textes de la CNUDCI.

d) Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail

82. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit, à propos des organisations non gouvernementales (ONG) invitées, qu'une section protégée par un mot de passe a été créée sur le site Web de la CNUDCI. Cette section, à laquelle seules les missions permanentes autorisées peuvent avoir accès, contient les coordonnées de toutes les ONG actuellement invitées à participer aux sessions des groupes de travail et est régulièrement mise à jour.

83. Depuis la session de 2010 de la Commission, les ONG suivantes ont été ajoutées à la liste des ONG à inviter aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail: Tehran Regional Arbitration Centre (l'un des centres d'arbitrage créés sous les auspices de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique), National Centre for Technology and Dispute Resolution, International Technology Law Association, Fondation pour le droit continental, International Federation of Purchasing and Supply Management et Association Droit & Méditerranée (Jurimed).

84. **Le Président**, invitant la Commission à faire part de ses observations sur les ajouts qui viennent d'être signalés, dit qu'en l'absence d'objections, ceux-ci seront acceptés.

85. **M. Bellenger** (France) dit qu'il n'était pas au courant de l'existence de la section du site Web de la CNUDCI protégée par un mot de passe et demande davantage d'informations à ce sujet.

86. Sa délégation, qui aimerait être informée, avant les sessions des groupes de travail, des ONG invitées à y participer, a été surprise de ne trouver sur le site Web de la CNUDCI aucun document concernant le mécanisme à utiliser pour informer les États des invitations délivrées, alors qu'il avait fallu trois années pour élaborer ce mécanisme.

87. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) répond que le document relatif à ce mécanisme est disponible sur le site Web de la CNUDCI.

88. À cet égard, il renvoie aux paragraphes 9 et 10 de l'annexe III au rapport de la CNUDCI sur sa quarante-troisième session (A/65/17).

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 939e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 6 juillet 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.939]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 10 heures.

Élection du Bureau (*suite*)

1. **M. Rha** (République de Corée), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Asie, propose la candidature de M. Chong (Singapour) au poste de Rapporteur.

2. **M. Watanabe** (Japon) et **Mme Manglatanakul** (Thaïlande) appuient cette proposition.

3. *M. Chong (Singapour) est élu Rapporteur par acclamation.*

Questions diverses

4. **M. Hwang** (République de Corée), se félicitant de la décision de la Commission de créer un centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique en République de Corée, dit que ce centre régional aidera les pays de la région à adopter, appliquer et interpréter de manière uniforme le Règlement de la CNUDCI.

5. La République de Corée, qui est passée en peu de temps du statut de pays très pauvre à celui d'important partenaire commercial au niveau mondial et d'État donateur, est résolue à contribuer à l'accroissement de la prospérité mondiale en partageant son expérience avec d'autres pays et, dans cette optique, le centre régional de la CNUDCI constituera un atout idéal.

6. Le Gouvernement de la République de Corée contribuera à faire du centre régional de la CNUDCI pour l'Asie et le Pacifique un modèle pour les centres régionaux qui seront créés ailleurs à l'avenir.

Coordination et coopération (*suite*)

d) Organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales invitées aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail (*suite*)

7. **Le Président**, rappelant les discussions de la séance précédente, dit que le Secrétariat communiquera à nouveau à tous les États membres le mot de passe de la rubrique sécurisée du site Web de la CNUDCI sur laquelle est publiée la liste détaillée de toutes les organisations non gouvernementales (ONG) invitées à participer aux sessions.

8. Le Secrétariat mettra également en ligne, sur le site Web de la CNUDCI, des documents concernant les méthodes de travail de la Commission.

9. Une question non résolue concerne le paragraphe 10 de l'annexe III du rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session (document A/65/17), qui établit la procédure relative à la participation des ONG aux sessions des groupes de travail. Certaines délégations considèrent que la disposition en question implique que les États membres soient préalablement informés par le Secrétariat de la participation d'ONG à une session donnée d'un groupe de travail. Un compromis – peut-être pas toujours possible – pourrait être de demander au Secrétariat qu'il communique aux États membres le nom des ONG invitées à participer à la session d'un groupe de travail qui commence à travailler sur un nouveau projet. Dans tous les cas, les délégations devraient être informées de l'inscription de nouvelles ONG sur la liste tenue par le Secrétariat. Les États membres pourraient alors soulever des objections, de sorte qu'avec les informations en temps réel fournies par le site Web, les conditions établies au paragraphe 10 seraient respectées.

10. Une autre question restée en suspens est de savoir si les informations concernant la participation d'ONG devraient être diffusées avant la convocation des groupes de travail ou s'il est suffisant pour la Commission de recevoir ces informations une fois par an.

11. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le site Web sur lequel est publiée la liste des ONG participant aux sessions des groupes de travail a été créé à la demande de la Commission pour donner suite au paragraphe 10, et qu'il est mis à jour en temps réel.

Si elle le souhaite, la Commission peut également faire parvenir aux États membres des notes verbales, bien que ce ne soit pas nécessairement une manière plus sûre de les tenir informés. La Commission devrait éviter d'engager tout processus de consultation avant d'avoir transmis une invitation à une ONG, car si cette dernière n'a manifesté sa volonté de participer à la session d'un groupe de travail que peu de temps avant le début de la session, elle ne pourra de fait pas y participer. Bien entendu, il est toujours possible pour la Commission ou un groupe de travail de s'opposer à la présence de l'ONG concernée, auquel cas l'invitation est annulée.

12. **Le Président** prie instamment la Commission de garder à l'esprit que la longueur des procédures d'approbation peut la priver de la participation des spécialistes juridiques des ONG.

13. **M. Bellenger** (France) dit que la procédure proposée par le Secrétariat laisse beaucoup à désirer en termes de transparence. Elle instaurera une situation peu pratique, contraignant les délégations à consulter la liste des quelque 250 ONG ayant été invitées par le passé à des sessions des groupes de travail et à retenir parmi elles celles dont la participation à certaines sessions à venir pourrait être utile.

14. Il propose que les noms des ONG invitées à participer soient diffusés par courrier électronique à toutes les parties intéressées, inscrites sur une liste de contacts. D'après l'interprétation que sa délégation fait du paragraphe 10, les informations concernant la participation d'ONG doivent être communiquées aux États membres avant les sessions; d'ailleurs, comment un État membre peut-il s'opposer à la participation d'une ONG s'il n'en a pas été informé au préalable?

15. **Le Président** propose que la liste des ONG publiée sur le site Web soit découpée en fonction des groupes de travail concernés.

16. **M. Bellenger** (France) dit que la lecture que sa délégation fait du paragraphe 9 de l'annexe III du document A/65/17 ne correspond pas du tout à l'interprétation du Président, en particulier concernant la disposition selon laquelle la Commission établit "une liste des autres organisations internationales et des organisations non gouvernementales avec lesquelles la CNUDCI entretient une coopération de longue date...". La délégation française en déduit que la liste ne doit contenir que les organisations ayant participé durant une longue période aux activités de la CNUDCI, et non les ONG actuellement concernées. Toutefois, si la majorité des membres de la Commission interprète cette disposition différemment, elle se conformera à cette interprétation.

17. **Le Président** dit comprendre que le paragraphe 9 vise les organisations qui soutiendront la CNUDCI comme elles l'ont fait par le passé.

18. **Mme Sabo** (Canada), approuvant les observations du représentant de la France, dit que sa délégation n'avait pas connaissance de la liste des ONG avant la session en cours de la Commission, ce qui révèle clairement un problème de communication. Si les délégués chargés par les gouvernements des États membres de suivre les travaux de la CNUDCI se voyaient communiquer les mises à jour de la liste, par voie électronique, avant chaque session d'un groupe de travail ou avant la création de tout nouveau groupe de travail, les États membres seraient en mesure d'accéder au site Web de la CNUDCI et d'agir en conséquence.

19. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) demande si les États membres accepteraient la possibilité de vérifier en ligne les éventuels changements apportés à la liste, dans laquelle les ONG seraient réparties par groupe de travail. Ce compromis permettrait de satisfaire à l'obligation qui incombe au Secrétariat d'informer les États membres de la participation d'ONG.

20. Le Secrétariat s'inquiète de ne pas suivre la voie diplomatique, même si, dans certains cas, les notes verbales adressées aux missions permanentes peuvent mettre des mois à parvenir aux délégations. Il a envoyé par courrier électronique des listes de contacts pour certains délégués et experts; cependant, ces listes sont sujettes à de fréquentes modifications et, si le Secrétariat venait à envoyer un courrier électronique à une adresse incorrecte ou obsolète, cela pourrait être source de problèmes. Les notes verbales, qui constituent un moyen de communication fiable, respectent en outre les obligations auxquelles sont soumises les notifications officielles.

21. **Le Président** prie instamment la Commission d'opter soit pour l'approche proposée par le Secrétariat, en tenant compte de la proposition faite

par la délégation française, soit pour l'approche proposée par les délégations française et canadienne.

22. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est disposée à appuyer l'approche proposée par le Secrétariat s'il est tenu compte de la proposition faite par la délégation française.

23. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras), approuvant l'approche proposée par le Secrétariat, dit que la Commission devrait toujours garder à l'esprit la mission fondamentale de la CNUDCI.

24. **M. Adensamer** (Autriche) dit que, pour sa délégation, le site Web tel que décrit par le Secrétaire de la Commission serait suffisant. Toutefois, pour satisfaire les États souhaitant être informés plus en détail, la note verbale envoyée avant chaque session d'un groupe de travail pourrait peut-être mentionner les organisations qui ont été invitées à participer en tant qu'observateurs, en indiquant la procédure à suivre pour émettre d'éventuelles objections.

25. **Le Président** suppose que la Commission souhaite accepter l'excellente suggestion faite par le représentant de l'Autriche.

26. *Il en est ainsi décidé*.

27. **Mme Escobar** (El Salvador), faisant observer que l'annexe III du document A/65/17 traite également des méthodes de travail du Secrétariat, dit que les informations relatives à ces méthodes, actuellement éparpillées dans différents documents, devraient être rassemblées dans un document unique disponible à la fois sur papier et en ligne sur Internet.

Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international

28. **Mme Musayeva** (Secrétariat de la CNUDCI) dit que depuis 2007, la Commission rend compte, dans les rapports annuels de l'Assemblée générale, du rôle qu'elle joue dans la promotion de l'état de droit. Les observations soumises sont examinées par la Sixième Commission ainsi que par les différents groupes du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies chargés de préparer les rapports du Secrétaire général sur différents aspects de l'état de droit.

29. En 2008, la Commission a rendu compte de la façon dont elle avait contribué à promouvoir l'état de droit dans le domaine des relations économiques internationales ainsi que, dans ce cadre, le développement ordonné du commerce international et la bonne gouvernance. En 2009, faisant le point sur son rôle en faveur de la promotion de l'état de droit au niveau international, la Commission a mis en avant: ses activités visant à promouvoir l'adhésion aux instruments relatifs au droit commercial international ainsi que leur application efficace et leur interprétation uniforme; sa contribution au règlement amiable et indépendant des litiges relatifs au commerce et aux investissements par le renforcement des mécanismes non judiciaires tels que l'arbitrage et la conciliation; et ses efforts visant à coordonner les activités d'autres institutions internationales œuvrant dans le domaine du droit commercial international afin d'éviter les règles et interprétations contradictoires.

30. En 2010, la Sixième Commission a mis l'accent sur le thème intitulé "Lois et pratiques des États Membres en matière d'application du droit international" et, dans ce cadre, la Commission a organisé une table ronde sur le sous-thème intitulé "Lois et pratiques des États Membres en matière d'application des textes de la CNUDCI". Au cours de cette table ronde, la Vice-Secrétaire générale s'est déclarée préoccupée par l'approche fragmentaire des activités de l'ONU relatives à l'état de droit, et elle a appelé à ce que l'action menée par la CNUDCI pour promouvoir l'état de droit dans le domaine des relations commerciales soit plus étroitement intégrée à ces activités.

31. Au paragraphe 12 de la résolution 65/21, consacrée au rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-troisième session, l'Assemblée générale a notamment déclaré partager la conviction de la Commission "que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devrait faire partie intégrante du programme d'ensemble des Nations Unies visant à promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international".

32. Au paragraphe 10 de la résolution 65/32, intitulée "L'état de droit aux niveaux national et international", l'Assemblée générale a invité la Commission à continuer de lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit.

33. Au paragraphe 14 de cette même résolution, l'Assemblée générale a décidé d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-sixième session la

question intitulée “L’état de droit aux niveaux national et international” et a invité les États membres à axer les observations qu’ils formuleraient dans le débat à venir de la Sixième Commission sur le sous-thème intitulé “L’état de droit et la justice en période de transition dans les situations de conflit et d’après conflit”. Dans son rapport à l’Assemblée générale, la Commission voudra donc peut-être insister sur l’utilité que ses travaux dans les domaines de l’arbitrage, de la conciliation et des marchés publics, de même que ses possibles travaux à venir dans le domaine de la microfinance, peuvent revêtir pour les activités de reconstruction au lendemain de conflits.

34. Au paragraphe 13 de cette même résolution, l’Assemblée générale a décidé “qu’au cours du débat de haut niveau de sa soixante-septième session, elle tiendrait une réunion de haut niveau sur l’état de droit aux niveaux national et international”. La Commission voudra peut-être réfléchir, à sa prochaine session, aux moyens de faire en sorte que les aspects pertinents de l’action de la CNUDCI soient pris en compte comme il se doit à la réunion de haut niveau.

35. **M. Galindo Cruz** (Mexique) dit qu’il est primordial que la Commission dispose de ressources suffisantes pour contribuer à instaurer l’état de droit dans les situations de conflit et d’après conflit.

36. **M. Al-Arwy** (Observateur du Yémen), approuvant le représentant du Mexique, dit que la CNUDCI peut contribuer de façon significative à promouvoir l’état de droit au niveau national comme au niveau international.

37. **Le Président** suppose que la Commission souhaite prendre note de la déclaration que vient de faire la représentante du Secrétariat.

38. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 11 heures et reprend à 11 h 20.

Questions diverses (*suite*)

39. **M. Karbuczky** (Chef du Service de la gestion des conférences de l’ONUV) dit que le Secrétaire général a récemment demandé des gains d’efficacité, et le Service de la gestion des conférences de l’ONUV, dont les services font l’objet d’une demande en forte augmentation, en particulier dans le domaine de la documentation, est parvenu à absorber environ 20 % de cette augmentation grâce à l’automatisation et au travail multitâche. Cependant, il n’est pas possible de réaliser davantage d’économies de cette manière.

40. Un moyen de limiter le décalage existant entre la demande et les ressources disponibles serait de réduire le volume de la documentation, en réduisant soit la longueur soit le nombre des documents et, dans cette optique, le Service de la gestion des conférences cherche une solution de remplacement pour les comptes rendus analytiques.

41. La Commission dispose du droit de faire établir des comptes rendus analytiques, de sorte que toute décision concernant leur maintien lui appartient. Toutefois, en 1997, le Comité des utilisations pacifiques de l’espace extra-atmosphérique a renoncé à son droit aux comptes rendus analytiques et a commencé à recevoir à la place des transcriptions non éditées de ses séances, établies dans les six langues officielles de l’ONU. Au début de l’année en cours, il est allé plus loin en décidant de se passer de ces transcriptions; pendant une période d’essai qui va jusqu’à 2015, il ne disposera que d’enregistrements numériques consultables sur son site Web, accompagnés d’un registre et d’autres documents utiles. De cette manière, le Comité des utilisations pacifiques de l’espace extra-atmosphérique économisera environ 80 000 dollars des États-Unis par an.

42. Pour que la Commission suive l’exemple du Comité des utilisations pacifiques de l’espace extra-atmosphérique, un investissement ponctuel de départ d’environ 40 000 dollars serait nécessaire, mais les coûts de maintenance du système seraient par la suite négligeables.

43. L’établissement en six langues d’une page de compte rendu analytique coûte 1 300 dollars, et la Commission génère chaque année 15 à 20 comptes rendus analytiques d’une longueur moyenne de 6 à 8 pages. De plus, l’établissement de ces comptes rendus dans les six langues officielles peut prendre plusieurs mois. Les enregistrements numériques, à l’inverse, sont immédiatement disponibles, si bien qu’ils offrent des avantages qui ne se mesurent pas uniquement en termes de coûts.

44. Il n’est pas nécessaire que la Commission prenne une décision immédiatement, mais M. Karbuczky souhaiterait connaître l’opinion des membres de la Commission à ce sujet.

45. **Le Président** dit que, s'il a bien compris, la Commission dépense environ 150 000 dollars par an pour les comptes rendus analytiques, et que s'ils étaient remplacés par des transcriptions non éditées le coût serait diminué de moitié.

46. **M. Karbuczky** (Chef du Service de la gestion des conférences de l'ONUV) dit que les transcriptions non éditées pourraient même être plus de moitié moins chères que les comptes rendus analytiques. Les enregistrements numériques, qui sont de toute façon réalisés à des fins d'archivage, seraient encore moins chers.

47. **Mme Sabo** (Canada) demande comment les enregistrements numériques pourraient être consultés. M. Karbuczky ayant évoqué le fait qu'ils seraient accompagnés d'un registre, elle suppose que les recherches se feraient à partir du nom d'un intervenant ou d'un pays, et non par mots clefs ou en fonction du sujet abordé.

48. **M. Karbuczky** (Chef du Service de la gestion des conférences de l'ONUV) dit que cette supposition est correcte. Toutefois, grâce aux progrès rapides de la technologie, les recherches par mots clefs seraient probablement rendues possibles ultérieurement.

49. **M. González** (Argentine) dit que la Commission devrait être saisie d'un rapport écrit sur la question, peut-être sous la forme d'un document de séance. En attendant, l'établissement de comptes rendus analytiques devrait être maintenu.

50. **Le Président** dit qu'à l'évidence, la Commission ne peut pas donner d'instruction au Service de la gestion des conférences de l'ONUV pour le moment.

51. **Mme Keyte** (Royaume-Uni) dit qu'elle attend avec intérêt le débat de vendredi sur la façon d'utiliser plus efficacement le temps des délégations et du Secrétariat et, bien entendu, de faire des économies.

52. **M. Lebedev** (Fédération de Russie), appuyant les propos tenus par le représentant de l'Argentine, dit que les délégations devraient attendre de disposer d'un document établi par le Secrétariat, avec des informations détaillées, avant de se lancer dans l'examen du fond de la question. Il ne faudrait pas agir précipitamment.

53. **Le Président** dit qu'il serait nécessaire de régler les questions de procédure avant de décider s'il convient d'aborder les questions de fond.

54. Il croit savoir que le Secrétariat serait en mesure d'établir un document présentant les diverses possibilités évoquées.

55. La Commission réexaminera la question vendredi.

Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

56. **Mme Musayeva** (Secrétariat) appelle l'attention sur les résolutions de l'Assemblée générale ci-après: A/RES/65/21 (Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-troisième session), A/RES/65/22 (Version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), A/RES/65/23 (Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles) et A/RES/65/24 (Troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

57. Dans la résolution 65/21, l'Assemblée générale a notamment: félicité la Commission d'avoir achevé et adopté trois nouvelles normes de droit commercial international; noté avec satisfaction que la Commission avait adopté un relevé de conclusions sur la question de son règlement intérieur et de ses méthodes de travail; demandé au Secrétaire général de rechercher les moyens de faire paraître l'Annuaire de la CNUDCI en temps voulu, de continuer à faire établir des comptes rendus analytiques des séances de la Commission, et de prendre en considération la singularité du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il s'agissait d'appliquer à la documentation de celle-ci des règles limitant le nombre de pages; et approuvé les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission dans le domaine de l'assistance technique.

58. Dans la résolution 65/22, l'Assemblée générale a notamment recommandé l'utilisation de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour le règlement des litiges nés dans le cadre des relations commerciales internationales, et prié le Secrétaire général de ne ménager aucun effort pour que la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage soit portée à la connaissance et mise à la disposition du plus grand nombre.

59. Dans la résolution 65/23, l'Assemblée générale a notamment: prié le Secrétaire général d'assurer une

large diffusion, y compris par voie électronique, du texte du Supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles, et de le transmettre aux gouvernements et aux organismes intéressés; recommandé à tous les États d'utiliser le Supplément pour évaluer l'efficacité économique de leur financement de la propriété intellectuelle, et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieraient leur législation en la matière ou en adopteraient une, en invitant les États qui l'avaient fait à en informer la Commission; et recommandé à tous les États de continuer d'envisager de devenir partie à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et d'appliquer les recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*.

60. Dans la résolution 65/24, l'Assemblée générale a notamment: prié le Secrétaire général de transmettre le texte de la troisième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* aux gouvernements et aux organismes intéressés; recommandé à tous les États d'utiliser le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et de le garder à l'esprit lorsqu'ils fixaient ou modifiaient leur droit de l'insolvabilité, en invitant ceux qui l'avaient fait à en informer la Commission; et recommandé à tous les États d'envisager d'appliquer la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale* et que les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties à une procédure d'insolvabilité internationale continuent de prendre dûment en considération le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*.

Questions diverses (*suite*)

61. **Mme Musayeva** (Secrétariat), faisant le point sur le programme de stages du Secrétariat, dit que celui-ci vise à donner à des étudiants en droit l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans le domaine du droit commercial international. Les stages ne sont pas rémunérés.

62. Le Secrétariat choisit des stagiaires sur le fichier administré et tenu à jour par l'ONUV. Lorsqu'une liste suffisante de candidats qualifiés est disponible, le Secrétariat s'emploie à assurer une représentation équilibrée de femmes et d'hommes ainsi que de stagiaires venant de diverses régions géographiques, en accordant une attention particulière aux besoins des pays en développement et des pays à économie en transition.

63. Depuis le mois de juillet de l'année précédente, 17 personnes ont bénéficié d'un stage au Secrétariat: 11 étaient des femmes et 12 étaient originaires de pays en développement et de pays à économie en transition.

64. Au cours de cette période, le Secrétariat a rencontré des difficultés à trouver, sur le fichier des stagiaires de l'ONUV, des candidats originaires de pays d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes, ainsi que des candidats arabophones.

65. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), faisant le point sur un exercice d'évaluation des résultats mené au sein du Secrétariat depuis quelques années, dit qu'une notation chiffrée des résultats est nécessaire à des fins d'établissement du budget. Cette notation se fait sur une échelle de 1 à 5, 1 étant la plus mauvaise note et 5 la meilleure.

66. Des fiches d'évaluation ont été envoyées aux membres de la Commission, et six ont été retournées en 2010. La note moyenne était de 4,65.

Date et lieu des réunions futures

67. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat a reçu pour instruction de faire des économies au cours de l'exercice biennal 2012-2013. Une possibilité consiste à supprimer le budget consacré aux frais de voyage du personnel assurant le service des réunions de la CNUDCI à New York, ce qui reviendrait à mettre fin à la pratique consistant à tenir les sessions de la Commission et de ses groupes de travail alternativement à Vienne et à New York. Cette mesure permettrait une économie annuelle de 130 000 à 140 000 dollars.

68. Le fait de tenir toutes les sessions à Vienne ne présenterait aucun inconvénient pour le Secrétariat, mais certains pays ne disposent de missions permanentes qu'à New York, de sorte que les réunions tenues dans cette ville peuvent bénéficier d'une participation plus large; il est également plus facile pour certaines ONG d'être représentées aux réunions tenues à New York qu'à celles tenues à Vienne. En outre, certains groupes et services de l'ONU concernés par les travaux de la CNUDCI, comme ceux qui

s'occupent de la promotion de l'état de droit, sont basés à New York, et non à Vienne.

69. Au départ, il était envisagé que la Commission tienne des sessions dans cinq régions distinctes, pour illustrer son rôle en faveur de la promotion du commerce international à travers le monde, et la pratique actuelle consistant à alterner entre New York et Vienne constitue déjà un compromis qui va dans le sens de la réduction des dépenses.

70. Le projet de budget de la CNUDCI pour 2012-2013 prévoit une réduction drastique des dépenses, mais le Secrétaire général a demandé à la Commission de réduire ce budget de 3 % supplémentaires. En plus de la proposition de supprimer du budget du Secrétariat les frais de voyage liés aux réunions à New York, il est proposé de réduire les budgets consacrés aux autres frais de voyage, aux consultants et aux experts, ainsi qu'aux services de bibliothèque et d'impression des documents.

71. La Commission vient d'entendre une présentation orale concernant la possibilité de renoncer à son droit aux comptes rendus analytiques. Un autre moyen de réaliser des économies pourrait être de réduire le nombre de sessions des groupes de travail. Une session de groupe de travail d'une semaine coûte entre 130 000 et 140 000 dollars, soit un montant comparable au budget consacré par le Secrétariat aux frais de voyage à New York.

72. Par ailleurs, la Commission devrait peut-être envisager d'accepter de réduire de trois à deux semaines par an son droit à la prestation de services pour ses sessions.

73. Le Secrétariat, qui n'est pas en mesure d'influer sur la décision finale qui sera prise à New York, ne sera informé de cette décision qu'en décembre 2011, si bien que le temps disponible pour préparer les réunions de 2012 sera court. Le Secrétariat fera néanmoins de son mieux pour limiter au maximum les désagréments que cela pourrait entraîner, en élaborant un plan d'action basé sur le scénario le plus pessimiste.

74. **Le Président** dit que la pratique consistant à tenir les sessions de la Commission et de ses groupes de travail alternativement à Vienne et à New York contribue à la visibilité de la CNUDCI sur ces deux sites, ainsi qu'à la participation aux sessions. Si la Commission désire conserver cette pratique, elle doit s'accorder sur les moyens de réduire son budget autrement que par la tenue de ses sessions exclusivement à Vienne.

75. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit que si les sessions se tiennent exclusivement à Vienne, certains pays en développement ne pouvant pas se permettre d'avoir des missions permanentes ailleurs qu'à New York seront marginalisés. Tous les membres de la Commission devraient par conséquent plaider, devant leurs représentants auprès des Nations Unies à New York, en faveur du maintien de la pratique consistant à tenir les sessions alternativement dans les deux villes.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 940e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le mercredi 6 juillet 2011, à 14 heures

[A/CN.9/SR.940]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 14 h 15.

Élection du Bureau (*suite*)

1. **Le Président** invite le Groupe des États d'Europe orientale à présenter un candidat au poste de vice-président de la Commission.

2. **M. Lebedev** (Fédération de Russie), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Europe orientale, propose la candidature de M. Jezewski (Pologne) au poste de vice-président de la Commission.

3. *M. Jezewski (Pologne) est élu Vice-Président par acclamation.*

Date et lieu des réunions futures (*suite*)

4. **Le Président**, se référant à la proposition du Secrétaire général de ne plus tenir aucune session de la Commission à New York, dit qu'une réponse possible serait d'indiquer que, bien que les membres de la Commission comprennent les contraintes budgétaires auxquelles fait face l'Organisation des Nations Unies, ils sont unanimement opposés à l'arrêt des réunions à New York. Avec une telle décision, il serait plus difficile d'assurer la pleine représentation des États aux sessions plénières et des groupes de travail, ce qui serait dommageable à la fonction centrale de la Commission, à savoir harmoniser le droit commercial. Cela nuirait également à l'image de la Commission et de son travail.

5. Cependant, reconnaissant qu'il est nécessaire de réduire les dépenses, la Commission pourrait souhaiter proposer une autre solution: réduire la durée totale de ses réunions, qui passerait de 15 à 14 semaines par an. Cela permettrait d'économiser 130 000 dollars par an, soit un montant équivalent aux économies qu'il est prévu de réaliser grâce à l'arrêt des réunions à New York. Si la Commission accepte cette proposition, cette dernière devrait être présentée à la Cinquième Commission en tant qu'alternative à l'arrêt des réunions à New York, et non comme une mesure supplémentaire; il serait regrettable que la Commission perde une semaine de temps de réunion en plus de son budget de voyage.

6. **Mme Sabo** (Canada) dit que sa délégation soutient les efforts déployés au sein de l'Organisation afin de réduire les coûts et reconnaît que, même si cela est regrettable, il est nécessaire de réduire les budgets de la Division du droit commercial international et de la CNUDCI. Sa délégation appuie la déclaration selon laquelle la Commission est unanimement opposée à l'arrêt des réunions à New York, mais sous réserve que des économies soient réalisées ailleurs.

7. L'oratrice salue la proposition de réduire le temps de réunion de la Commission; pour ce faire, on pourrait notamment réduire la fréquence des sessions des groupes de travail. Si le Groupe de travail VI (Sûretés) achève son projet actuel en 2012, les sessions futures du Groupe peuvent être repoussées d'un an. En outre, il serait peut-être préférable de ne pas entreprendre de nouveaux projets en cette époque de contraintes budgétaires.

8. Un autre moyen de réduire les coûts serait de diminuer le nombre de fonctionnaires du Secrétariat envoyés à New York pour les sessions. Sur une période de deux ans, envoyer un fonctionnaire du Secrétariat à New York coûte environ 16 600 dollars. Cependant, il est important de veiller à ce que les groupes de travail bénéficient d'un appui approprié de la part du Secrétariat. Dans la plupart des cas, il est judicieux d'envoyer deux fonctionnaires aux sessions des groupes de travail: un conseiller juridique principal faisant office de secrétaire et un conseiller juridique moins expérimenté. Il n'est généralement pas nécessaire d'avoir plus de deux fonctionnaires présents.

9. **Le Président** dit que diminuer le nombre de sessions des groupes de travail est en effet un moyen de réduire le temps total de réunion de la Commission. Toutefois, une solution plus générale consistant à réduire le temps total de réunion d'une semaine donnerait à la Commission plus de flexibilité pour

décider comment faire usage du temps qu'il reste. Par exemple, si la Commission n'a pas besoin une année donnée de tenir une session de trois semaines entières, elle peut décider d'utiliser une partie du temps restant pour les réunions des groupes de travail.

10. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que même si la Commission était autorisée à conserver son budget de voyage pour les sessions tenues à New York, il resterait nécessaire de réduire les coûts en envoyant moins de fonctionnaires du Secrétariat à ces sessions. En effet, ces dernières années, les fluctuations des taux de change ont fait augmenter les frais de déplacement depuis Vienne, une tendance qui devrait se poursuivre. Le Secrétariat tente déjà de réduire les frais de voyage du personnel, par exemple en organisant deux sessions consécutives de groupes de travail, et il poursuivra ses efforts à cet égard. Toutefois, il est nécessaire de conserver une certaine flexibilité afin de pouvoir par exemple, le cas échéant, envoyer trois fonctionnaires à une session plutôt que deux.

11. **Le Président** dit que la Commission pourrait explorer de nouvelles solutions pour réduire les dépenses pour chaque session d'un groupe de travail tenue à New York. Cependant, il est difficile de calculer le montant des économies qui pourraient être réalisées, sachant que la charge de travail peut fortement varier d'une session à l'autre. Pour cette même raison, il faut conserver une certaine flexibilité sur le plan des effectifs.

12. **M. González** (Argentine) dit que, dans certains milieux, on a tendance à oublier que la CNUDCI est un organisme intergouvernemental et, qu'à ce titre, elle doit s'occuper de questions non seulement techniques mais aussi politiques et financières. La proposition à l'étude aurait un impact important sur le travail de la CNUDCI et il est regrettable qu'aucun document de travail contenant des informations et des chiffres détaillés n'ait été produit pour servir de support aux délibérations. La Commission doit par conséquent baser ses discussions sur des informations fournies par oral. Aucun argument en faveur de l'arrêt de l'alternance des sessions entre New York et Vienne n'a été clairement exposé. Sa délégation soutient donc la proposition tendant à communiquer au Secrétaire général l'appui unanime de la Commission au maintien de cette pratique.

13. Sa délégation est d'avis que, dans sa réponse au Secrétaire général, la Commission propose de réduire son temps de réunion, qui passerait de 15 à 14 semaines par an. Toutefois, à elle seule, une telle mesure ne sera pas suffisante pour remédier au problème plus large du financement des travaux de la Commission. La réponse au Secrétaire général devrait donc inclure un certain nombre d'autres points.

14. Premièrement, la session en cours a montré que la plupart des travaux de la Commission peuvent être effectués en beaucoup moins de temps que les trois semaines normalement allouées à une session plénière. La Commission devrait donc décider avec effet immédiat de réduire la durée habituelle de ses sessions plénières à deux semaines, et pourrait même envisager de prévoir une session d'une semaine ou d'une semaine et demie, à titre d'essai.

15. Deuxièmement, il faudrait examiner la pratique consistant à tenir deux sessions annuelles pour chaque groupe de travail. Cette pratique est justifiée pour les groupes de travail dont le mandat est clairement défini, mais pas pour les autres. Le nombre de sessions requises par chaque groupe de travail devrait être déterminé d'année en année.

16. Troisièmement, il est surprenant de constater que les activités des groupes de travail n'ont été que partiellement évaluées à la session en cours. Une analyse plus large incluant la question du financement devrait être effectuée afin d'établir une stratégie cohérente pour les futurs travaux de la Commission. Par exemple, si la Commission souhaite demander à un groupe de travail d'examiner la question de la microfinance, il conviendrait de mettre un terme à un autre groupe de travail. Les délais des projets devraient être clairement déterminés afin que les travaux ne s'étendent pas sur des années sans donner de résultats. La Commission devrait lancer une discussion stratégique à ce sujet lors de sa session suivante, en vue de réduire le nombre de réunions des groupes de travail.

17. Pour terminer, le nombre actuel de fonctionnaires du Secrétariat est approprié. Il ne doit pas être réduit, étant donné que tous les fonctionnaires sont déjà pleinement occupés. Par ailleurs, comme l'indique le Président, il est difficile de déterminer à l'avance le nombre de fonctionnaires requis pour chaque session. La microgestion des effectifs est par conséquent inacceptable.

18. **Le Président** dit que la Commission voudra peut-être faire la distinction entre le besoin immédiat d'économiser 130 000 dollars par an et l'idée d'un examen stratégique destiné à identifier de nouveaux moyens de réaliser des économies. Un tel examen est évidemment souhaitable et nécessaire, mais devrait être une question réglée en interne par la Commission. Si l'on propose d'effectuer cet examen au stade actuel, on risque de donner à croire que d'autres moyens de faire des économies substantielles seront rapidement identifiés.

19. **Mme González Lozano** (Mexique) dit que l'alternance des sessions entre New York et Vienne devrait être maintenue. Parallèlement, la CNUDCI doit assumer son rôle dans les efforts visant à réduire les dépenses de l'Organisation. Dans ce contexte, sa délégation soutient la proposition de faire passer le temps de réunion de la Commission de 15 à 14 semaines par an. Elle soutient également la proposition formulée par le représentant argentin de réaliser un vaste examen portant sur l'aspect stratégique, et pas seulement sur la réduction des coûts. Les collègues des Cinquième et Sixième Commissions devraient être tenus informés des questions à l'étude.

20. En outre, la Commission pourrait envisager de demander aux groupes de travail d'examiner plus en détail l'organisation de leurs travaux. Dans certains cas, la tenue de consultations informelles pourrait être une solution appropriée.

21. Concernant le nombre de fonctionnaires du Secrétariat qui assistent aux réunions à New York, sa délégation salue les efforts entrepris pour tenir compte des besoins des groupes de travail de façon plus efficace et rationnelle, comme l'a mentionné le Secrétaire.

22. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation se réjouit des efforts entrepris au sein de l'Organisation en vue d'améliorer l'efficacité et de réduire les coûts. Toutefois, la proposition tendant à modifier la pratique historique d'alternance des sessions de la CNUDCI entre New York et Vienne soulève des questions importantes et d'autres solutions visant à faire des économies devraient être explorées.

23. La proposition de faire passer le temps de réunion de la Commission de 15 à 14 semaines par an pourrait poser un problème dans le sens où, compte tenu du système de comptabilité de l'Organisation, les économies en résultant pourraient ne pas être correctement portées au crédit du budget de la Commission.

24. **M. Olivencia Ruiz** (Espagne) dit qu'en ces temps de difficultés budgétaires, il est nécessaire de réévaluer les priorités. Néanmoins, le système du "double siège" de la CNUDCI repose sur un principe établi de longue date, important sur le plan politique, qui ne devrait pas être remis en cause par la situation budgétaire. Par conséquent, il est nécessaire de réaliser des économies autrement, par exemple en diminuant le temps de réunion ou le volume de la documentation, ou encore en réduisant les frais de voyage. La Commission devrait également s'employer à améliorer ses méthodes de travail et à utiliser son temps plus efficacement, afin d'obtenir un maximum de résultats en consommant un minimum de ressources.

25. **Mme Keyte** (Royaume-Uni), ayant marqué son accord avec les remarques formulées par le représentant espagnol, dit que le système des Nations Unies dans son ensemble a été prié de réduire son budget de 3 %. On ignore toutefois le pourcentage spécifique suggéré pour la CNUDCI, étant donné qu'aucun rapport ni aucune ventilation des chiffres n'ont été préparés pour le présent point de l'ordre du jour. Sa délégation est d'accord avec la proposition de faire passer le temps de réunion de la Commission de 15 à 14 semaines par an. D'autres économies pourraient être réalisées grâce à des mesures simples visant à renforcer l'efficacité, telles que le fait de commencer les réunions à l'heure, d'utiliser tout le temps disponible et de faire en sorte que les ordres du jour des réunions soient bien ciblés. Comme l'a indiqué le Président, la Commission n'a pas besoin de s'engager, à ce stade, à faire davantage de coupes, mais elle devrait s'employer à rechercher, à l'avenir, de nouvelles possibilités d'économies.

26. Il est essentiel de travailler en étroite coopération avec les collègues des Cinquième et Sixième Commissions et de les tenir informés des efforts déployés par la Commission pour renforcer l'efficacité. Dans l'immédiat, la Commission devrait examiner si d'autres économies peuvent être réalisées au niveau des frais de déplacement, de la présence de fonctionnaires aux réunions et de la documentation.

On pourrait économiser du temps de travail et des coûts d'impression en produisant des rapports plus courts sur les réunions des groupes de travail, par exemple. Certes, de telles mesures ne permettraient pas de réaliser des économies importantes, mais elles montreraient aux collègues de New York que la Commission s'attache véritablement à accroître l'efficacité.

27. Enfin, l'oratrice convient que la Commission devrait mener un vaste examen de sa stratégie pour l'avenir. Elle devrait anticiper et étudier comment atteindre ses objectifs avec une efficacité maximale, plutôt que simplement réagir aux demandes de réduction des dépenses.

28. **M. Phua** (Singapour) dit que sa délégation soutient la pratique actuelle consistant à alterner les sessions entre New York et Vienne, en particulier considérant que Singapour n'a pas de mission à Vienne. De plus, le système du "double siège" confère plus de visibilité aux travaux de la Commission. Néanmoins, il est important que l'Organisation, y compris la CNUDCI, s'emploie à obtenir les mêmes résultats avec moins de ressources, ou de meilleurs résultats avec les mêmes ressources. Sa délégation accueillerait favorablement une analyse approfondie des options qui s'offrent à la Commission pour l'avenir, et de leurs implications.

29. **Le Président** interroge le Secrétariat sur les modalités d'établissement d'un rapport sur la stratégie future de la Commission.

30. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que le Secrétariat est disposé à établir un document en vue de faciliter les discussions sur la rationalisation des travaux de la Commission à sa session suivante. Les décisions budgétaires sont toutefois prises à New York, et non par la Commission, et il est trop tard, à ce stade, pour influencer le budget de l'exercice biennal 2012-2013.

31. Le secrétariat de la CNUDCI n'a pas directement accès aux discussions de la Cinquième Commission relatives au budget mais il a reçu, par l'intermédiaire de collègues de New York, des copies de documents budgétaires proposant de réduire le budget de la Commission de 63,5 %. Cela correspond au montant des économies qui seraient réalisées si l'on cessait de tenir des réunions de la Commission et de ses groupes de travail à New York.

32. Des coupes ont également été proposées dans les objets de dépense autres que les postes de la Division du droit commercial international: le montant alloué au recrutement de consultants est de 60 000 dollars sur deux ans, soit une réduction de 23,6 %: 180 000 dollars ont été affectés au recrutement d'experts, soit une réduction de près de 18 %; le budget général dédié aux voyages est de 94 000 dollars, soit une réduction de 20 %; le montant alloué aux services contractuels tels que la maintenance informatique a été réduit de 6,5 % pour atteindre 99 000 dollars; et le budget pour les fournitures de bureau a été réduit de 45 %. Cela laisse peu de marge de manœuvre et il sera difficile de réaliser davantage d'économies sans supprimer de postes. Tandis que la réduction du budget demandée par le Secrétaire général pour l'ensemble de l'Organisation est de 3 %, les budgets proposés pour la Division du droit commercial international et la CNUDCI représentent une réduction de plus de 5 %.

33. **Le Président** dit que bien que la Commission n'ait aucun pouvoir décisionnaire en matière de budget, on ne peut que se féliciter du fait qu'elle soit consultée au sujet des coupes proposées. Toutefois, afin de répondre à ces propositions, elle a besoin d'informations appropriées publiées dans un rapport officiel, et non pas simplement communiquées par oral. Par ailleurs, un tel rapport devrait porter non seulement sur la réduction des coûts mais aussi sur la question plus large du renforcement de l'efficacité. Il est important, par exemple, de commencer les réunions à l'heure afin de ne pas gaspiller les ressources des salles de conférence.

34. **M. González** (Argentine), rappelant les commentaires faits par le représentant des États-Unis, dit que la Commission devrait souligner, dans sa réponse à New York, que la réduction envisagée du temps de réunion doit être comptabilisée correctement. De plus, les membres de la Commission devraient faire part de leurs inquiétudes aux collègues des Cinquième et Sixième Commissions, afin qu'ils soient en mesure d'appuyer la position de la Commission.

35. La réponse de la Commission ne devrait pas être trop détaillée s'agissant d'indiquer où les coupes seraient opérées; la Commission devrait pouvoir simplement s'engager à continuer d'étudier la question.

36. Bien que les décisions concernant le budget de la Commission soient prises à New York, il est crucial que la Commission apporte sa contribution au processus budgétaire en se fondant sur ses compétences et son expérience. À cette fin, le Secrétariat devrait établir un document de travail pour la session suivante afin que la Commission ne doive pas se fier uniquement à des informations fournies oralement. Ce document devrait être publié bien avant la session afin que les délégations aient le temps de consulter leur capitale. Il devrait proposer de manière active une stratégie qui serait bénéfique à la Commission et permettrait de réaliser des économies.

37. **M. Kerma** (Égypte) dit qu'en ces temps d'austérité, la Commission a pleinement conscience du fait qu'elle devra accepter sa part de coupes budgétaires. Sa délégation soutient les propositions visant à réaliser des économies en réduisant le temps annuel de réunion de la Commission à 14 semaines et en diminuant le nombre de documents produits. En outre, la Commission devrait essayer d'améliorer ses méthodes de travail. À la session en cours, la création d'un groupe de rédaction chargé de travailler sur la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics a permis de gagner du temps lors des réunions plénières et a ouvert la voie à un accord.

38. Le défi pour la Commission est d'atteindre les objectifs établis dans son mandat, tout en s'employant à améliorer ses méthodes de travail, en des temps de restrictions budgétaires. L'amélioration des méthodes de travail permettra d'accroître l'efficacité sur le long terme, mais elle nécessite un investissement de ressources à court terme. Une étude approfondie sur la question est nécessaire.

39. **M. Bellenger** (France) dit que sa délégation accueillerait favorablement un document qui fournirait les informations nécessaires aux discussions de la Commission et proposerait des solutions envisageables.

40. En ce qui concerne la stratégie pour l'avenir, l'appui aux activités de six groupes de travail représente une lourde charge pour le Secrétariat; on devrait peut-être envisager d'en réduire le nombre. Par exemple, on pourrait prochainement mettre un terme aux activités du Groupe de travail VI (Sûretés), une fois son projet en cours achevé.

41. **Mme Addario Dávalos** (Paraguay) dit que le système du "double siège" de la CNUDCI devrait être maintenu. Il apparaît toutefois clairement qu'il faut trouver des moyens de réaliser des économies.

42. Les membres de la Commission devraient consulter leurs homologues à New York et coordonner leur stratégie concernant les questions budgétaires débattues dans les Commissions concernées de l'Assemblée générale.

43. **Mme Sabo** (Canada) dit qu'il est crucial de ne pas envisager de supprimer des postes au Secrétariat en vue de réaliser des économies. Les membres du Secrétariat subissent déjà une pression énorme afin de remplir toutes les tâches qui leur sont assignées par la Commission; de fait, certaines tâches ont été externalisées et certains groupes de travail ne peuvent poursuivre leurs travaux car le Secrétariat fonctionne déjà au maximum de ses capacités. En outre, du point de vue de la planification de la relève et du perfectionnement du personnel, il serait mal inspiré de supprimer des postes. Le Secrétariat devrait maintenir un bon ratio entre le personnel expérimenté et le personnel débutant et disposer des moyens adéquats pour appuyer la Commission dans ses travaux.

44. Il est regrettable qu'aucun document officiel contenant des données chiffrées n'ait été présenté à la Commission en vue de permettre une discussion en toute connaissance de cause sur les coupes budgétaires. Sa délégation attend avec intérêt de pouvoir examiner, à la session suivante, un rapport qui aidera la Commission à décider des priorités au vu des ressources disponibles.

45. **Le Président**, pour ce qui est de l'absence d'un rapport détaillé à la session en cours, dit qu'il ne faut pas oublier que le Secrétariat réagit du mieux qu'il peut à une situation en pleine évolution.

46. **M. Gandhi** (Inde) dit qu'il faut conserver le système du "double siège", mais qu'il est néanmoins important de chercher à réaliser des économies ailleurs. À cet égard, sa délégation soutient la proposition de faire passer le temps de réunion de la Commission de 15 à 14 semaines par an. Elle attend avec intérêt un rapport détaillé, car les membres de la Commission doivent disposer de faits et de données chiffrées clairs. Sans cela, il sera difficile de faire valoir le point de vue de la Commission auprès des collègues des Cinquième et Sixième Commissions.

47. **M. Jezewski** (Pologne) dit que la Commission devrait chercher à réaliser immédiatement de petits gains d'efficacité, pour envoyer le bon message à New York. Les discussions sur la situation budgétaire devraient se faire en parallèle avec les discussions sur les travaux à long terme de la Commission et les économies potentielles.

48. Sa délégation, qui souhaiterait que le Secrétariat établisse un rapport, est favorable à ce que le temps de réunion de la Commission soit ramené de 15 à 14 semaines par an.

49. **M. Lebedev** (Fédération de Russie) dit que la CNUDCI n'est pas la seule à devoir envisager des coupes budgétaires; l'ensemble du système des Nations Unies est concerné.

50. Il est difficile de formuler des propositions précises en l'absence d'un document complémentaire; néanmoins, plusieurs options qui ne nuiraient pas à l'efficacité des travaux de la Commission ont été identifiées.

51. Rompre avec des principes établis de longue date compromettrait non seulement le travail de la Commission mais aussi son statut en tant qu'organe du système des Nations Unies chargé des aspects juridiques de l'économie internationale.

52. Les propositions formulées par diverses délégations méritent d'être examinées. Cependant, elles ne devraient peut-être pas toutes être mentionnées dans la réponse de la Commission à la proposition du Secrétaire général. Le Secrétariat devrait établir un document, en se fondant sur les discussions de la Commission, qui n'engage pas cette dernière à procéder à des coupes risquant de compromettre la mise en œuvre du plan de travail convenu.

53. **M. Maradiaga Maradiaga** (Honduras) dit que sa délégation soutient le maintien du système de "double siège" et la proposition de réduire le temps de réunion de la Commission. Étant donné que certains groupes de travail ont des mandats qui se recoupent, les fusionner pourrait contribuer à une plus grande efficacité. Le Secrétariat pourrait donner son avis sur les aspects pratiques d'une telle mesure.

54. **M. Piedra** (observateur de l'Équateur) dit que quand l'avis de la Commission sera présenté à l'Assemblée générale, il faudra souligner que l'arrêt des réunions à New York nuirait à la capacité de certains États de participer pleinement aux travaux de la Commission, en particulier les pays en développement qui n'ont pas de mission à Vienne.

55. Dans des pays comme l'Équateur, le travail de la CNUDCI est méconnu et la Commission est parfois perçue comme un club d'élite pour les pays riches, où la voix du monde en développement n'est pas entendue. Cette impression ne serait que renforcée s'il devenait plus difficile pour les pays en développement d'y participer.

56. **Le Président** dit qu'il faut faire le maximum pour expliquer la position de la Commission à l'Assemblée générale et que les États devraient défendre la proposition de la Commission de réduire son temps de réunion. La Commission est unanimement opposée à la proposition d'arrêter les réunions à New York, non seulement parce qu'une telle décision compromettrait son travail et nuirait à l'image de la CNUDCI, mais aussi parce que c'est une question de principe: il faut absolument garantir la participation des pays en développement.

57. Il croit comprendre que, dans sa réponse à la proposition du Secrétaire général, la Commission souhaite indiquer clairement qu'elle a compris la nécessité des coupes budgétaires et a longuement débattu de la question. Elle y affirmera son opposition unanime à l'arrêt des réunions à New York et proposera à la place une réduction de son temps de réunion, qui passerait de 15 à 14 semaines par an. Cette solution permettrait de réaliser des économies équivalentes, qui doivent être reconnues comme telles même si elles concernent une autre partie du budget. Par ailleurs, la Commission déclarera qu'elle a décidé de mener une analyse plus exhaustive de ses méthodes de travail et de ses priorités. Il n'est pas nécessaire de mentionner de mesures spécifiques; celles-ci seront intégrées au rapport de la Commission sur les travaux de la session en cours. Si la proposition de la Commission n'est pas acceptée et que ses sessions à New York sont supprimées, les sessions déjà prévues en 2012 devront être reprogrammées à brève échéance. La Commission souhaitera peut-être indiquer dans sa réponse qu'elle est consciente de cette possibilité et est disposée à prendre les mesures nécessaires le cas échéant.

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. **Mme Sabo** (Canada) demande si la planification de la session suivante du Groupe de travail I pose des problèmes qui doivent être rapidement réglés.

60. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) fait remarquer que la Commission est convenue que le Groupe de travail I ne tiendrait qu'une seule session dans les 12 mois à venir, et non deux comme il est indiqué dans l'ordre du jour de la Commission (A/CN.9/711). Du point de vue budgétaire, il serait avisé de tenir cette session avant la fin de 2011. Le Groupe de travail I et le Groupe de travail VI souhaitent tous deux tenir leur session aussi tard que possible en 2011, ce qui risque d'entraîner un conflit de calendrier. Le Secrétariat essaiera de résoudre ce problème avant la fin de la session en cours de la Commission. Les dates actuellement attribuées au Groupe de travail III, au mois de novembre, pourraient offrir une solution à cet égard.

61. **M. Loken** (États-Unis d'Amérique) fait remarquer que le Groupe de travail I travaille actuellement sur le projet révisé de Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, qu'il s'emploie à finaliser. Néanmoins, sa délégation ne pense pas qu'un groupe de travail soit l'instance appropriée pour ce type de travaux, raison pour laquelle elle soutient l'idée de ne tenir qu'une seule session du Groupe de travail I avant la session suivante de la Commission. S'il est jugé important, pour des raisons budgétaires impératives, de tenir la session du Groupe de travail I en 2011, celle-ci doit être prévue aussi tard que possible dans l'année afin de réserver le maximum de temps possible aux travaux sur le projet de guide.

62. **M. González** (Argentine) dit que sa délégation est favorable à la tenue d'une seule session du Groupe de travail I avant la session suivante de la Commission. Si une session a lieu à la fin de 2011, aucune session ne devrait être tenue au début de 2012. Toutefois, une décision doit être prise quant à l'avenir du Groupe de travail I au-delà de sa session suivante.

63. **Le Président** croit comprendre qu'il y aura une session du Groupe de travail I avant la fin de 2011 et aucune session au début de 2012. La Commission décidera de l'avenir du Groupe de travail I à sa session suivante. À présent qu'une décision a été prise, le Secrétariat s'emploiera à fixer le calendrier des Groupes de travail I et VI avant la fin de la session en cours de la Commission.

La séance est suspendue à 15 h 55; elle est reprise à 16 h 05.

Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international (*suite*)

64. *Une table ronde sur le rôle des réformes du droit commercial dans la reconstruction après un conflit et l'utilisation des textes de la CNUDCI dans ce contexte est tenue. Des exposés sont présentés par les orateurs suivants: Mme Judith Knieper (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit), Mme Amanda Ashford (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe) et M. Jernej Sekolec (London Court of International Arbitration).*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 941e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le vendredi 8 juillet 2011, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.941]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Adoption du rapport de la Commission

1. **Le Président** invite le Rapporteur, M. Phua (Singapour), à présenter le projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session.

2. **M. Phua** (Singapour), Rapporteur, dit que le document A/CN.9/XLIV/CRP.1 et ses additifs constitueront ensemble le rapport de la Commission. Étant donné que les additifs 16, 17 et 21 sont toujours en cours d'élaboration, la Commission est saisie des additifs 1 à 15 et 18 à 20. M. Phua fait remarquer que, dans l'additif 7, l'intitulé du chapitre porte à tort le numéro VI.

3. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que, comme de coutume, les délégations doivent fournir une notification écrite de toute erreur typographique ou autre erreur de forme. Le Secrétariat révisera le rapport sans en modifier le fond et les services d'édition le reverront avant qu'il ne soit soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies.

A/CN.9/XLIV/CRP.1

4. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1 est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.1

5. **Mme Nicholas** (Secrétariat) annonce qu'elle va présenter en leur nom les commentaires des délégations qui ont pris part aux discussions sur la passation des marchés publics mais qui sont déjà rentrées dans leur capitale.

6. Concernant la première phrase du paragraphe 12, il est proposé, pour dissiper une crainte relative au sens de l'expression "insérer aux alinéas f) et g)", de modifier la phrase comme suit: "Il a également été convenu d'insérer à l'article 2, avec les définitions des alinéas f) et g), de nouvelles définitions des termes 'préqualification' et 'présélection'."

7. Il est proposé qu'en anglais, dans la dernière phrase du paragraphe 18, le verbe "were raised" soit déplacé en début de phrase comme suit: "Concerns were raised about [reste inchangé]".

8. Il est proposé que le paragraphe 24 soit modifié comme suit: "La Commission est convenue que le guide examinerait les risques de discrimination pouvant apparaître lorsqu'étaient mentionnées des méthodes de production particulières en appelant l'attention sur l'interdiction de traitement discriminatoire visée au paragraphe 2 de l'article 10."

9. Il est proposé d'ajouter, à la fin du paragraphe 40, d'une nouvelle phrase formulée comme suit: "À l'issue de la discussion, il a été décidé que cette proposition ne serait pas retenue."

10. **Le Président** croit comprendre qu'il n'y a pas d'objections aux changements proposés.

11. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.1, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.2

12. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit qu'il est proposé de remplacer au paragraphe 19 l'expression "exigences de la Banque mondiale" par "exigences des BMD (banques multilatérales de développement)".

13. Il est proposé de modifier le paragraphe 22 comme suit: "La Commission s'est demandé s'il convenait de supprimer l'adjectif 'faible' pour éviter toute confusion avec d'autres dispositions de la Loi type mentionnant la faible valeur en tant que seuil mais est convenue de conserver le libellé actuel, notant que la disposition serait expliquée dans le Guide."

14. **Le Président** croit comprendre qu'il n'y a pas d'objections aux changements proposés.

15. **Mme Sabo** (Canada), dans un souci de précision, propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du

paragraphe 29: “Après examen, cette proposition a été rejetée car on a estimé que l’objet d’un marché était une question de fait ne pouvant pas se régler facilement par une définition générique et qu’il valait donc mieux laisser la définition ouverte et insérer dans le Guide les débats sur la question.”

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. **Mme Nicholas** (Secrétariat), se référant au paragraphe 43, dit qu’il est proposé de supprimer l’expression “sur le long terme” à la quatrième phrase.

18. Il est proposé que le paragraphe 46 soit étoffé comme suit: “La nécessité de clarifier la terminologie ambiguë des articles 63 à 68 a été évoquée.”

19. **Le Président** croit comprendre qu’il n’y a pas d’objections à ces propositions.

20. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.2, tel qu’il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.3

21. **Mme Nicholas** (Secrétariat), faisant état de la seconde phrase du paragraphe 15, “La Commission a décidé de se prononcer sur la proposition à un stade ultérieur”, dit que le rapport indiquera clairement que la proposition en question a été acceptée.

22. Dans la dernière phrase du paragraphe 23, il est proposé de remplacer “lui fournit” par “fournit à [nom de l’instance indépendante]”.

23. **Le Président** croit comprendre que ces propositions sont acceptables.

24. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.3, tel qu’il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.4

25. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit qu’il est proposé d’insérer la phrase suivante à la fin du paragraphe 13: “Selon un autre point de vue, le libellé antérieur laissait supposer que l’anglais serait utilisé, ce qui ne serait pas approprié, alors que le libellé révisé tenait compte des pratiques modernes, telles que l’utilisation des communications par Internet.”

26. Concernant le paragraphe 14, il est proposé que l’expression “de la publication internationale” remplace le mot “prévues” dans la seconde phrase, afin qu’elle soit formulée comme suit: “Il a également été convenu que le Guide décrirait les différents moyens de satisfaire aux exigences de la publication internationale [reste inchangé]”.

27. Il est proposé que la première phrase du paragraphe 15 soit modifiée comme suit: “La Commission est convenue que le Guide devrait: a) noter que les dispositions exigent que la publication se fasse dans une langue la rendant en fait accessible à tous les fournisseurs ou entrepreneurs potentiels dans le contexte de la passation de marché en question; et b) appeler l’attention des États adoptants sur le fait qu’à l’OMC, [reste inchangé]”. La dernière phrase serait supprimée.

28. Au paragraphe 17, la première partie de la phrase devrait être modifiée comme suit: “La Commission est convenue de remplacer le paragraphe 2 par le libellé suivant: ‘Tous les fournisseurs [reste inchangé]’”.

29. Concernant l’alinéa 2 du paragraphe 40, il est proposé de modifier “un appel” par “une demande ou un appel”.

30. Concernant la première phrase du paragraphe 42, il est proposé d’insérer “, sous réserve de l’exactitude terminologique,” avant “pourraient être libellées comme suit”.

31. Concernant le paragraphe 47, il est proposé que les mots “ou d’appel et” soient ajoutés avant “ou à l’appelant”.

32. Dans la version anglaise, au paragraphe 49, le nom “reference” devrait être au pluriel, “references”.

33. Au paragraphe 50, la formule “peut demander à l’entité adjudicatrice” devrait être remplacée par “peut demander à [nom de l’instance indépendante]”.

34. Il est proposé d’insérer l’expression suivante à la fin du paragraphe 51: “, et y remplacer le mot ‘appelant’ par le mot ‘demandeur’”.

35. Concernant le paragraphe 54, il est proposé que le libellé “conforme aux dispositions de la présente Loi” qui figure à l’alinéa d *bis*) soit supprimé; et que l’alinéa h) soit modifié comme suit: “Exiger le versement d’un dédommagement pour toute dépense raisonnable engagée par le fournisseur ou l’entrepreneur qui a formé une demande ou un appel du fait d’un acte, d’une décision ou d’une procédure de l’entité adjudicatrice contraire aux dispositions de la présente Loi durant la procédure de passation du

marché, et pour toute perte ou tout dommage subi[, ledit dédommagement se limitant soit aux coûts de l'établissement de la soumission, soit aux coûts afférents à la demande, soit à l'ensemble de ces coûts]."

36. Il est proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 56: "Elle est également convenue d'ajouter les mots 'dûment informé de la procédure' après les mots 'Un fournisseur ou entrepreneur' au début de la seconde phrase."

37. Concernant la première phrase du paragraphe 65, il est proposé que le libellé anglais "the view was expressed that some of its provisions" soit modifié comme suit: "a view expressed was that some of its provisions". Concernant la deuxième phrase, il a été proposé de remplacer "On a fait observer que dans de nombreux pays en développement, les marchés publics" par "Selon cet avis, les marchés publics, dans de nombreux pays en développement,".

38. **Le Président** croit comprendre qu'il n'y a pas d'objections aux changements proposés.

39. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.4, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.5

40. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit qu'il est proposé de remplacer, dans la première phrase du paragraphe 1, "une partie indispensable de cette dernière" par ", complément indispensable de celle-ci".

41. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission), en réponse à une question de **M. Bellenger** (France) concernant le paragraphe 2, dit que la session du Groupe de travail I prévue pour le deuxième semestre de 2011 doit être annulée et que la prochaine session se tiendra à New York en avril 2012, ou à Vienne à la fin de février 2012.

42. **Mme Nicholas** (Secrétariat), décrivant le processus de finalisation, au moyen de vastes consultations, du projet de guide pour l'incorporation, dit que le Secrétariat modifiera le projet conformément aux instructions que le Groupe de travail I a données à sa vingtième session. Le projet sera ensuite diffusé aussi largement que possible par courrier électronique. Une série de consultations d'experts se tiendra au deuxième semestre de 2011 afin que le texte soumis au Groupe de travail I au début de 2012 soit aussi avancé que possible. Si la session du Groupe de travail I a lieu en avril, cela ne laissera que peu de temps pour finaliser le texte qui sera présenté à la Commission à sa quarante-cinquième session.

43. **M. Bellenger** (France) dit que la session du Groupe de travail I ne devrait pas se tenir à une date trop proche de celle de la quarante-cinquième session de la Commission. C'est pourquoi février 2012 est une option préférable.

44. **Le Président** suggère qu'on ne débatte pas de cette question plus avant tant que la Commission n'a pas examiné la partie du projet de rapport qui porte sur les dates des réunions.

45. **Mme Nicholas** (Secrétariat) dit qu'il est proposé que, dans la première phrase du paragraphe 9, le libellé "en raison notamment" soit remplacé par "compte tenu également", afin que la phrase soit formulée comme suit: "Il a été souligné que les États devaient jouer un rôle plus actif, en particulier par l'intermédiaire de leurs organismes donateurs, pour promouvoir l'utilisation de la Loi type de 2011, son application effective et son interprétation uniforme, compte tenu également des ressources restreintes dont le Secrétariat disposait pour accomplir cette tâche."

46. Concernant le paragraphe 11, il est proposé que la phrase suivante soit ajoutée: "Il a été noté que ce sujet pourrait comprendre de nombreux aspects, la passation des marchés publics n'étant que l'un d'eux."

47. **Le Président** croit comprendre qu'il n'y a pas d'objections aux changements proposés.

48. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose d'ajouter à la première phrase du paragraphe 14 les mots "à sa dernière session", afin que la phrase soit formulée comme suit: "À sa session en cours, la Commission a noté que le Groupe de travail V avait examiné à sa dernière session [reste inchangé]."

49. **Le Président** croit comprendre qu'il n'y a pas d'objections à ce changement.

50. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.5, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.6

51. **Le Président** propose de modifier la dernière phrase du paragraphe 3 comme suit: "La Commission a également rappelé l'engagement qu'elle avait exprimé à sa quarante et unième session, en 2008, soulignant combien [reste inchangé]."

52. *Il en est ainsi décidé.*

53. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose qu'afin de refléter le fait que certaines délégations souhaitent faire une distinction entre un droit accordé par les règles relatives à la transparence et un droit établi par le traité, une phrase qui pourrait être libellée comme suit soit insérée à la fin du paragraphe 5: "Il a été noté que l'intervention au titre d'*amicus curiae* d'un État partie au traité d'investissement mais non partie au litige devrait être distinguée des situations où un État partie non contestant participait à l'arbitrage en vertu d'un droit établi par le traité."

54. **Le Président** propose que le Secrétariat finalise la formulation.

55. **Mme Sabo** (Canada) dit que, bien qu'il soit normalement préférable de finaliser la formulation en Commission, la phrase proposée peut, selon elle, être renvoyée au Secrétariat.

56. **Mme Jamschon MacGarry** (Argentine) propose que la seconde phrase du paragraphe 5 soit reformulée comme suit: "Il a été dit qu'il fallait examiner différentes approches concernant l'intervention de divers types d'*amicus curiae* et que, afin de déterminer s'il était approprié que des États parties non contestants interviennent, la portée et les modalités d'une telle intervention et les conditions auxquelles elle serait soumise devraient être examinées."

57. **Le Président** dit que deux questions de fond sont en jeu. Premièrement, la Commission ne doit pas donner au Groupe de travail I l'impression de présumer que les règles relatives à la transparence devraient donner aux parties non contestantes le droit d'intervenir; l'intention n'est nullement de préjuger du résultat. Deuxièmement, le rapport doit rendre compte du fait qu'il n'y a pas eu de discussion sur la question de savoir si le droit d'un État non contestant à intervenir naissait des règles relatives à la transparence ou d'un droit établi par le traité.

58. **M. Jezewski** (Pologne) suggère qu'afin de refléter les inquiétudes des États-Unis et de l'Argentine, inquiétudes que lui-même partage, la première partie de la seconde phrase soit supprimée, de sorte que la phrase se lise: "Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus en détail le traitement dont devrait faire l'objet l'intervention d'un tel État."

59. **Le Président** propose, après une nouvelle intervention de **Mme Jamschon MacGarry** (Argentine), une formulation du type: "Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus avant la question de savoir s'il devait exister un tel droit d'intervention et, dans l'affirmative, quelles seraient la portée et les modalités d'une telle intervention."

60. *Il en est ainsi décidé.*

61. **Le Président** propose qu'au paragraphe 8, dans la version anglaise, "might need" soit remplacé par "needed"; la Commission est parvenue à un accord à cet effet.

62. *Il en est ainsi décidé.*

63. **M. Bellenger** (France) ne se rappelle pas, concernant la dernière phrase du paragraphe 15, que la Commission ait décidé que la question de l'utilisation de la conciliation/médiation pour le règlement des litiges entre investisseurs et États dans le cadre des traités d'investissement devrait être considérée comme un thème à inscrire au programme des travaux futurs du Groupe de travail I.

64. **Mme Sabo** (Canada), allant dans le même sens, propose que le membre de phrase "Elle a décidé" soit remplacé par "Il a été suggéré".

65. *Il en est ainsi décidé.*

66. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.6, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.7

67. **M. Bellenger** (France) dit, s'agissant de la dernière phrase du paragraphe 9, qu'il n'est pas seulement question de la législation relative à la protection du consommateur. La phrase doit donc être précédée du membre de phrase "De façon générale, conformément à son mandat,".

68. *Il en est ainsi décidé.*

69. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.7, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.8

70. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose que le membre de phrase suivant soit inséré à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 3: ", censé fournir aux États ayant adopté la loi sur les opérations garanties recommandée dans le Guide des conseils pratiques sur les questions à traiter lors de l'établissement et de l'exploitation d'un registre général des sûretés".

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose l'ajout, avant l'avant-dernière phrase du paragraphe 4, de la phrase suivante: "Il n'a été tenu aucun débat général sur les avantages de l'approche proposée ou d'autres approches." Si cette proposition est acceptée, l'expression "À cet égard," au début de l'avant-dernière phrase, devra être supprimée.

73. **Mme (Sabo)** Canada, appuyée par **M. Grand d'Esnon** (France), se demande s'il est nécessaire de mentionner un débat général qui n'a pas eu lieu.

74. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite laisser le texte inchangé.

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. **M. Tata** (observateur de la Banque mondiale) suggère que la deuxième phrase du paragraphe 7 soit reformulée comme suit: "On a fait observer que, compte tenu du précédent que constituait la coordination entre les Principes et Directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, et le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, un projet de ces principes pourrait être élaboré conjointement par le Secrétariat en collaboration avec la Banque mondiale, par l'intermédiaire de sa vice-présidente juridique, et des experts extérieurs, dans le cadre des ressources existantes et sans qu'il soit besoin d'utiliser les ressources du Groupe de travail."

77. En réponse à une question **du Président** concernant la nécessité d'employer le mot "conjointement", M. Tata dit que le produit final devra être utilisé par la Banque mondiale et intégré à une structure existante. Si ce point est clair, le mot "conjointement" n'est pas nécessaire.

78. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.8, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.9

79. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose d'insérer à la troisième phrase du paragraphe 5 "la CNUDCI" entre les mots "empêcher" et "de".

80. *Il en est ainsi décidé.*

81. **Mme Sabo** (Canada) propose qu'à la deuxième phrase du paragraphe 5, le libellé "On s'est dit largement favorable à ce que le Groupe de travail IV (Commerce électronique) reprenne" soit remplacé par "Selon l'avis qui a prévalu, le Groupe de travail IV (Commerce électronique) devrait reprendre".

82. **Le Président** ne constate pas de soutien à cette proposition.

83. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 6: "Il a été dit que, si le temps et les ressources permettaient que le Groupe de travail reprenne ses travaux, il devrait examiner une recommandation en attente au CEFACT-ONU, qui soulevait des questions relevant des instruments de la CNUDCI."

84. *Il en est ainsi décidé.*

85. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 7: "Il a été noté en outre que les travaux sur les documents transférables électroniques pourraient inclure certains aspects des autres sujets examinés dans le document A/CN.9/728 et Add.1."

86. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite accepter cette proposition.

87. *Il en est ainsi décidé.*

88. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose que le paragraphe 11 soit reformulé de la façon suivante: "La Commission est également convenue que l'extension du mandat du Groupe de travail IV (Commerce électronique) aux autres sujets mentionnés dans les documents A/CN.9/728 et Add.1 en tant que sujets distincts (et non en raison de l'incidence qu'ils peuvent avoir sur les documents transférables électroniques) serait examinée à une session future."

89. *Il en est ainsi décidé.*

90. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.9, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.10

91. **M. Seweha Boles** (Égypte) demande si l'expression "en particulier" qui figure à l'alinéa n) du paragraphe 4 est nécessaire. À moins qu'elle ne serve à distinguer les microentreprises et PME des personnes, elle est redondante et devrait être supprimée.

92. *Il en est ainsi décidé.*

93. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose qu'à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 7 la phrase suivante soit insérée: ", sans perdre de vue la portée du mandat de la CNUDCI et ses domaines traditionnels de travail".

94. *Il en est ainsi décidé.*

95. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.10, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.11 et 12

96. *Les documents A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.11 et 12 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.13

97. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) propose qu'au paragraphe 13, le membre de phrase "compensent toute dépense connexe supportée par le Secrétariat" soit remplacé par "l'emportent sur les coûts liés au temps investi".

98. *Il en est ainsi décidé.*

99. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.13, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.14 et 15

100. *Les documents A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.14 et 15 sont adoptés.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.18

101. **Mme Montineri** (Secrétariat) dit qu'une délégation a demandé l'ajout de la phrase suivante à la fin du paragraphe 2: "Elle a également remercié l'ensemble des institutions et des experts participant à la préparation et à la tenue du concours."

102. *Il en est ainsi décidé.*

103. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.18, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.19

104. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.19 est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.20

105. **Mme Sabo** (Canada) dit que la référence aux "11 stagiaires de sexe féminin et 12 stagiaires venant de pays en développement" qui figure au paragraphe 3 porte à confusion.

106. **Le Président** suggère que le Secrétariat trouve une formulation plus heureuse.

107. *Il en est ainsi décidé.*

108. **Mme Sabo** (Canada) propose que les mots "et possibilités" soient insérés après "questions" dans la dernière phrase du paragraphe 6.

109. *Il en est ainsi décidé.*

110. **M. Sorieul** (Secrétariat) propose de réintroduire au paragraphe 6, après la première phrase, le texte suivant: "La Commission a noté que la résolution 49/221 de l'Assemblée générale lui octroyait le droit à des comptes rendus analytiques. Elle a noté en outre qu'elle avait traité précédemment de la question de la nécessité des comptes rendus analytiques à sa trente-septième session. On lui avait alors présenté l'option des transcriptions non éditées et celle des enregistrements numériques et elle avait conclu que les comptes rendus analytiques étaient essentiels à ses travaux." Ce texte serait accompagné, en note de bas de page, d'un renvoi aux paragraphes 129 et 130 du rapport de la Commission sur sa trente-septième session (document de l'Assemblée générale A/59/17).

111. **Mme Sabo** (Canada) dit qu'il faudrait indiquer au paragraphe 6, afin de refléter le ton du débat, que la Commission est disposée à examiner d'autres options.

112. **Le Président** propose que la dernière phrase du paragraphe 6 ("À l'issue de sa discussion, …") soit reformulée de façon à montrer que la Commission est disposée à examiner d'autres options.

113. *Il en est ainsi décidé.*

114. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.20, tel qu'il a été révisé oralement, est adopté.*

La séance est levée à 11 h 40.

Compte rendu analytique de la 942e séance tenue au Centre international de Vienne, à Vienne, le vendredi 8 juillet 2011 à 14 h 30

[A/CN.9/SR.942]

Président: M. Moollan (Maurice)

La séance est ouverte à 14 h 45.

Adoption du rapport de la Commission (*suite*)

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.16

1. **Mme Sabo** (Canada) suggère que l'on supprime, dans la dernière phrase du paragraphe 14, le passage entre crochets "[conformément aux critères et à la procédure applicables]" ainsi que la note de bas de page qui l'accompagne.

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. **Mme Sabo** (Canada) suggère de reformuler la dernière phrase du paragraphe 16 comme suit: "Il a été convenu que ces informations devraient être effectivement communiquées aux personnes en charge des travaux de la CNUDCI au sein des gouvernements des États Membres."

4. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) fait remarquer qu'il est rare que le Secrétariat sache qui est en charge des travaux de la CNUDCI au sein des gouvernements des États Membres. Il communique avec les États Membres au moyen de notes verbales, par les voies diplomatiques officielles, à savoir les missions permanentes, et n'est pas responsable des problèmes de communication entre la mission permanente d'un pays et la capitale. Il envoie bien des copies des notes verbales aux organisations qu'il sait être concernées par les travaux de la CNUDCI, mais ne peut éviter de passer par les missions permanentes des États Membres, ni se charger d'identifier des particuliers.

5. **Le Président** suggère de reformuler la phrase comme suit: "Il a été convenu qu'en plus de les communiquer par le biais des voies diplomatiques officielles, le Secrétariat tâcherait de transmettre ces informations aux personnes qu'il savait être concernées par les travaux de la CNUDCI."

6. **M. González** (Argentine), appuyant les propos du Secrétaire de la Commission, estime que la phrase ne devrait pas être modifiée. Si l'une ou l'autre des reformulations proposées était acceptée, il faudrait que les missions permanentes soient informées de toutes les communications transmises par le Secrétariat à des personnes des États Membres qu'elles représentent.

7. **Le Président** suggère qu'à la lumière des propos du représentant de l'Argentine, la phrase soit reformulée comme suit: "Il a été convenu qu'en plus de les communiquer par le biais des voies diplomatiques officielles, le Secrétariat tâcherait de transmettre ces informations aux personnes qu'il savait être concernées par les travaux de la CNUDCI, en tenant toujours la mission permanente informée."

8. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) juge qu'imposer au Secrétariat de fournir aux missions permanentes des copies de toutes les communications adressées à des personnes des États Membres qu'elles représentent et qu'il sait concernées par les travaux de la CNUDCI serait particulièrement pesant.

9. **Le Président**, appelant l'attention sur l'expression "tâcherait de" dans la phrase qu'il vient de suggérer, indique que le Secrétariat n'y serait pas obligé.

10. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) signale qu'il est possible d'éviter des lourdeurs administratives inutiles en précisant, dans les notes verbales envoyées aux missions permanentes, que des copies sont envoyées à des personnes des États Membres qu'elles représentent qui sont concernées par les travaux de la CNUDCI.

11. **M. González** (Argentine) suggère de laisser la dernière phrase du paragraphe 16 inchangée et d'ajouter, à la fin du paragraphe, la phrase suivante: "Plusieurs délégations estimaient qu'il serait efficace de distribuer aussi ces informations aux personnes qu'il savait être concernées par les travaux de la CNUDCI."

12. **Le Président** suggère de formuler ainsi la phrase supplémentaire: “Plusieurs délégations estimaient qu’il serait efficace de distribuer aussi ces informations aux membres des délégations auprès de la CNUDCI.”

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. **Mme Sabo** (Canada) suggère de reformuler la dernière phrase du paragraphe 18 de façon à faire la distinction entre les commentaires du Secrétariat et ceux des membres de la Commission.

15. **M. Jezewski** (Pologne) suggère de supprimer “telle ou telle” dans la deuxième phrase du paragraphe 18.

16. **Le Président** croit comprendre qu’il n’y a pas d’objections aux changements suggérés.

17. *Il en est ainsi décidé.*

18. **M. Bellenger** (France) suggère que dans la première phrase du paragraphe 20, le passage “Il a aussi été suggéré d’approuver la procédure suivie jusque-là par le Secrétariat” soit reformulé de façon que le Secrétariat explique la procédure qu’il a suivie jusque-là.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. **M. Bellenger** (France), appuyé par **Mme Sabo** (Canada), propose, afin de mieux refléter les débats, de reformuler la dernière phrase du paragraphe 20 de manière à signaler qu’il a été jugé que la procédure n’était pas assez transparente et efficace.

21. **Le Président** dit qu’au vu de la teneur des débats, il faudrait que le rapport indique qu’il a été jugé que la procédure était bonne, mais pouvait encore être améliorée.

22. **Mme Keyte** (Royaume-Uni) estime que modifier la phrase comme l’a suggéré le représentant de la France irait à l’encontre du début de la première phrase du paragraphe 21 (“Si cette procédure n’a donné lieu à aucune objection”). Elle suggère de supprimer la dernière phrase du paragraphe 20.

23. **Le Président** croit comprendre qu’il n’y a pas d’objections à la suppression de la dernière phrase du paragraphe 20.

24. *Il en est ainsi décidé.*

25. **Mme Sabo** suggère de supprimer la première phrase du paragraphe 21, la procédure en question ayant donné lieu à des objections.

26. **M. Bellenger** (France), appuyé par **Mme Sabo** (Canada), est d’avis qu’il faudrait que le paragraphe 21 indique clairement la procédure qui serait suivie à l’avenir.

27. Il suggère de reformuler le paragraphe de façon à indiquer que suite au débat, la Commission a demandé au Secrétariat de communiquer aux États les noms des organisations non gouvernementales qu’elle pensait inviter, conformément au paragraphe 10 de l’Annexe (Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI) du document A/CN.9/697. Il faudrait que le Secrétariat communique, avant les sessions de la Commission et des groupes de travail, les listes des organisations non gouvernementales qui y sont invitées.

28. **Le Président** rappelle que l’objectif du rapport de la Commission est de consigner les décisions effectivement prises par cette dernière, et non celles que certains membres de la Commission auraient voulu qu’elle prenne.

29. Le sujet étant délicat, il importe particulièrement que le rapport de la Commission reflète avec exactitude la teneur de la discussion.

30. **M. Jezewski** (Pologne) suggère de ne supprimer que le début de la première phrase du paragraphe 21, à savoir: “Si cette procédure n’a donné lieu à aucune objection”.

31. Il suggère également de remplacer “convenu” par “suggéré” ou “proposé”, dans les deuxième et troisième phrases.

32. **Le Président** convient que la proposition “Si cette procédure n’a donné lieu à aucune objection” est probablement incorrecte et qu’il faudrait donc peut-être la supprimer.

33. En ce qui concerne la modification de “convenu”, il croit se souvenir que la Commission s’était effectivement mise d’accord. Selon lui, il faudrait donc que le mot reste inchangé dans les deuxième et troisième phrases.

34. **M. Bellenger** (France) ne voit pas de différence entre la proposition de sa délégation et ce que le Président semble envisager. La proposition de sa

délégation n'avait pour but que de clarifier les conclusions de la Commission.

35. **Le Président** propose, afin de lever les incertitudes, d'insérer entre parenthèses, dans la troisième phrase, un renvoi au paragraphe 17.

36. Hormis la délégation canadienne, aucune délégation ne se montre favorable à la reformulation suggérée par la délégation française. En revanche, personne ne semble s'opposer à la proposition que vient de faire le Président au sujet d'un renvoi au paragraphe 17.

37. **Le Rapporteur** confirme qu'il a effectivement été convenu qu'"il suffirait […] de renvoyer les États aux listes actualisées qui étaient disponibles en ligne", mais qu'il a été signalé qu'il faudrait que ces listes soient actualisées *avant* les sessions de la Commission et des groupes de travail.

38. **Le Président** dit qu'à son avis, la troisième phrase du paragraphe 21 indique clairement que les listes seront actualisées avant les sessions de la Commission et des groupes de travail: "Il a aussi été convenu que l'existence de la liste actualisée devrait être rappelée aux États [renvoi entre parenthèses au paragraphe 17] dans la note verbale standard…"

39. **M. Bellenger** (France) n'est pas certain que la troisième phrase du paragraphe 21 précise assez clairement que les listes seraient actualisées avant les sessions de la Commission et des groupes de travail.

40. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) estime qu'il s'agit d'une question importante, résolue au paragraphe 20 ii): "parallèlement, une invitation est adressée aux organisations en question, la liste pertinente des organisations mise à la disposition des États Membres est actualisée". Le Secrétariat envisage d'actualiser les listes des organisations invitées avant les sessions en question.

41. **Le Président** suggère d'insérer au paragraphe 21 un renvoi au sous-paragraphe 20 ii).

42. **M. Bellenger** (France) dit que selon sa délégation, tous ces renvois n'éclaircissent pas vraiment la question.

43. Sa délégation fera très attention à vérifier que les listes des organisations invitées ont été effectivement actualisées avant les sessions en question. Dans le cas contraire, la question sera officiellement soulevée, cela avant la session suivante de la Commission.

44. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter le paragraphe 21 avec l'inclusion de renvois au paragraphe 17 et au sous-paragraphe 20 ii).

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.16, tel que modifié oralement, est adopté.*

47. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.17 est adopté.*

A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.21

48. **Le Président**, se référant à la dernière phrase du paragraphe 2, propose d'ajouter, dans la version anglaise, les mots "continued or" avant "increased representation".

49. Il propose d'ajouter, à la fin du paragraphe 2, la phrase suivante: "En termes de perception, il importait également que les instruments uniformes de la CNUDCI soient considérés comme le fruit d'un consensus mondial fondé sur une représentation adéquate."

50. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) demande d'incorporer une phrase libellée sur le modèle suivant: "On s'est inquiété de ce que la modification proposée de la structure des réunions n'aille à l'encontre des résolutions de l'Assemblée générale A/RES/2205 en date du 17 décembre 1966 portant création de la CNUDCI, A/RES/2609 en date du 16 décembre 1969 et A/RES/31/140 en date du 16 décembre 1976, qui traitaient toutes du problème des conférences de la CNUDCI."

51. **Mme Sabo** (Canada) propose de reformuler la deuxième phrase du paragraphe 2 comme suit: "Un appui unanime a été exprimé en faveur des efforts…".

52. En ce qui concerne la troisième phrase de ce paragraphe, sa délégation n'est pas d'accord avec l'expression "n'était pas acceptable". Elle est d'avis que si aucune alternative n'était trouvée à la diminution des frais de voyage des fonctionnaires du secrétariat de la CNUDCI qui assurent le service des réunions à New York, il faudrait accepter la proposition du Secrétaire général. Elle propose de supprimer le groupe de mots suivant: "n'était pas acceptable vu qu'elle".

53. De même, sa délégation conteste l'expression "était inacceptable" qui figure au paragraphe 4.

54. **Mme Keyte** (Royaume-Uni) suggère de déplacer le paragraphe 3, qui présente le contexte des déclarations formulées dans le paragraphe 2, avant le paragraphe 2.

55. **M. Bellenger** (France) appuie la proposition de suppression du groupe de mots "n'était pas acceptable vu qu'elle" qui figure au paragraphe 2.

56. **Le Rapporteur** propose qu'au lieu de simplement supprimer ce groupe de mots, la Commission trouve une manière plus nuancée d'exprimer son avis sur la proposition du Secrétaire général.

57. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que si la Commission n'envoie pas à New York un message exprimant clairement qu'elle n'est pas prête à abandonner l'alternance actuelle des sessions, celle-ci sera abolie. Il faut que la Commission adopte une position ferme.

58. **Mme Keyte** (Royaume-Uni), reprenant la suggestion qu'elle vient de faire, propose de reformuler les paragraphes 2 et 3 en les réorganisant en trois paragraphes, comme suit:

> "2. La Commission a pris note de la proposition. Un appui unanime a été exprimé en faveur des efforts faits pour réaliser des économies dans l'ensemble de l'Organisation.
>
> 3. [Le paragraphe 3 a) figure dans le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.21.]
>
> 3 *bis*. Les États Membres participant à la session ont estimé unanimement que mettre fin à l'alternance aurait des incidences néfastes sur la capacité de la CNUDCI à poursuivre ses travaux d'harmonisation et d'unification du droit commercial international. Ces travaux, a-t-il été dit, supposaient la participation la plus large possible des États aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de sorte que les normes qui en découlaient soient universellement acceptées. Il a été souligné que les intérêts particuliers des pays en développement devaient être pris en considération, afin qu'ils soient mieux représentés dans les travaux de la CNUDCI. La Commission a exprimé son plein appui au maintien de l'alternance actuelle de ses sessions."

59. Elle propose également de supprimer le passage ", si la proposition de mettre fin à l'organisation des sessions par alternance était inacceptable", qui figure au paragraphe 4.

60. **M. Jezewski** (Pologne) dit que sa délégation, qui peut comprendre que la délégation canadienne s'inquiète de l'emploi de qualificatifs aussi forts que l'adjectif "inacceptable", estime toutefois important que la Commission adresse un message clair à New York. Elle est d'accord avec la proposition que la représentante du Royaume-Uni vient de faire, mais estime que l'ajout de l'adjectif "unanime" au début de la deuxième phrase du paragraphe 2 et la reformulation de la troisième phrase en "La Commission n'a pas appuyé la manière dont il était proposé d'économiser sur les frais liés au fonctionnement de la CNUDCI en mettant fin à la pratique consistant à tenir les sessions alternativement à New York et à Vienne vu qu'elle affecterait la capacité de la CNUDCI à poursuivre ses travaux…" suffiraient à envoyer un message clair.

61. **Mme González Lozano** (Mexique) soutient la proposition de la représentante du Royaume-Uni.

62. **Le Président** estime qu'en toute logique, il faudrait que le contenu du paragraphe 3 apparaisse avant celui du paragraphe 2. Selon lui, le Secrétariat pourrait réorganiser ces deux paragraphes.

63. En ce qui concerne le message à envoyer à New York, aucun membre de la Commission ne soutient l'idée selon laquelle la meilleure manière de réduire les coûts administratifs liés au service de ses sessions serait d'abolir les sessions de New York.

64. **Mme Sabo** (Canada) dit que, bien que sa délégation estime qu'il faudrait maintenir l'alternance des sessions entre New York et Vienne, elle accepterait à grand regret d'y mettre fin si l'on ne trouvait aucune autre solution acceptable pour réduire les coûts administratifs.

65. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition de la représentante du Royaume-Uni est parfaitement sensée.

66. Sa délégation estime surtout qu'il faudrait que la Commission envoie un message clair sans employer de

qualificatifs aussi forts qu'"inacceptable". Elle lui préférerait des termes tels que "malavisé" ou "regrettable".

67. **Le Président** dit que la Commission semble souscrire à la proposition de la représentante du Royaume-Uni.

68. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) suggère, dans un souci de cohérence avec la proposition de reformulation du paragraphe 2, de remplacer les mots "plein appui" proposés dans le paragraphe 3 *bis* par "appui unanime".

69. **Mme Nesdam** (Norvège) approuve la proposition de la représentante du Royaume-Uni, ainsi que la modification suggérée par le Secrétaire de la Commission.

70. **Le Président** dit que le Rapporteur lui a suggéré d'ajouter, au début de la dernière phrase de la proposition de paragraphe 3 *bis*, les mots suivants: "Compte tenu de ce qui précède,".

71. Il croit comprendre qu'avec l'ajout suggéré par le Rapporteur et la modification proposée par le Secrétaire de la Commission, le texte proposé par la représentante du Royaume-Uni est acceptable par la Commission.

72. **M. Gautney** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faudrait remplacer l'adjectif "inacceptable" qui figure à la première phrase du paragraphe 4 par un terme tel que "malavisé" ou "regrettable", afin d'employer des qualificatifs moins forts.

73. **Mme Sabo** (Canada) propose de reformuler le début du paragraphe 4 comme suit: "Compte tenu de ce qui précède, la Commission a exprimé son appui unanime au maintien de l'alternance actuelle de ses sessions et est convenue qu'il fallait faire le maximum pour trouver d'autres moyens…".

74. **Le Président** suggère la formulation suivante: ", tout en évitant de supprimer l'alternance des sessions,".

75. **Mme Keyte** (Royaume-Uni) dit que, bien que sa délégation trouve acceptable la suggestion du Président, elle a déjà proposé de supprimer le passage suivant: ", si la proposition de mettre fin à l'organisation des sessions par alternance était inacceptable". Cependant, sa délégation peut convenir de remplacer l'adjectif "inacceptable" par un terme moins fort.

76. Dans la mesure où le paragraphe 4 a pour but de répondre à l'appel lancé par le Secrétaire général en faveur de coupes budgétaires liées à la crise financière, peut-être serait-il possible de reformuler la première phrase comme suit: "En réponse à l'appel lancé par le Secrétaire général en faveur de coupes budgétaires et ayant à l'esprit la crise financière actuelle, la Commission est généralement convenue qu'il fallait faire le maximum pour trouver d'autres moyens…".

77. **Le Président** dit que la Commission devrait, examinant ce paragraphe, se demander quel message il envoie au Siège des Nations Unies. Le paragraphe indique que la Commission a compris la nécessité d'opérer des coupes budgétaires, mais réaffirme sa position selon laquelle il faudrait éviter d'appliquer la solution envisagée au Siège sans bien comprendre la manière dont les travaux de la Commission sont menés. Il faudrait simplement que la Commission modifie le paragraphe en remplaçant le mot "inacceptable" par des formulations telles que "n'était pas la meilleure solution" ou "devrait être évitée". Le Président croit comprendre que la Commission pourrait accepter une telle reformulation.

78. **Mme Keyte** (Royaume-Uni) dit, se référant à la première phrase du paragraphe 9, que si cette phrase a pour but de souligner qu'une planification stratégique pourrait être plus efficace, il faudrait peut-être supprimer la proposition ", en raison de l'insuffisance des ressources et des coupes budgétaires auxquelles le secrétariat de la CNUDCI était confronté,".

79. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) fait remarquer que cette proposition a pour but d'indiquer que la Commission reconnaît la nécessité d'une planification stratégique dans la mesure où les ressources auxquelles elle a accès diminueront bientôt sensiblement. Si on la supprime, le paragraphe risque de donner l'impression que la Commission doute de l'utilité de ses activités.

80. **Le Président** propose de laisser le paragraphe 9 inchangé.

81. **Mme Sabo** (Canada) estime que la dernière phrase du paragraphe 10 n'exprime pas comme il le faudrait la demande que la Commission a présentée au

Secrétariat pour qu'il lui fournisse des informations financières complètes lors de la préparation du budget 2014-2015. Elle propose de remplacer cette phrase par le texte suivant: "Il a été demandé au Secrétariat d'établir, pour la session suivante de la Commission, un document présentant la situation budgétaire du moment afin que les États puissent, au vu des ressources disponibles, prendre des décisions concernant le programme de travail et les économies."

82. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit, se référant à la dernière phrase du paragraphe 9, que la note relative à la planification stratégique demandée par la Commission lui permettra de décider de son programme de travail et des économies à réaliser au vu des ressources disponibles.

83. **M. González** (Argentine) partage les réserves de la délégation canadienne au sujet du paragraphe 10. Toutefois, après avoir entendu la remarque que vient de faire le Secrétaire de la Commission, il estime qu'il faudrait simplement supprimer la dernière phrase du paragraphe 10.

84. **Le Président** croit comprendre que la Commission souhaite accepter cette proposition.

85. **M. Bellenger** (France) dit, se référant au paragraphe 15, que les dates de la session du Groupe de travail I restent à déterminer. Sa délégation continue de penser que le plus tôt serait le mieux.

86. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit qu'il a déjà été expliqué aux membres de la Commission, suite à des discussions tenues avec plusieurs représentants associés aux travaux du Groupe de travail I, qu'il était possible, si nécessaire, de tenir une session du Groupe avant la fin de 2011 sur la base des documents déjà établis, mais que les membres du Groupe n'auraient pas assez de temps pour les examiner. Il a donc été jugé préférable de tenir la session suivante du Groupe en avril 2012 afin de laisser suffisamment de temps pour la préparation et l'examen des documents ainsi que pour les consultations, et de faire en sorte que les États puissent y contribuer, d'autant que le Groupe ne tiendra qu'une session entre la session en cours de la Commission et la fin de 2012. On pourrait envisager, voire imposer, de tenir une session du Groupe de travail I en février ou mars 2012, mais le choix du 16 au 20 avril 2012 a été fait à sa demande après qu'il a consulté plusieurs experts. Si ces dates étaient refusées, il faudrait consulter à nouveau ces experts (ainsi que d'autres parties).

87. **M. González** (Argentine) dit que sa délégation croit comprendre que la Commission a décidé qu'une session du Groupe de travail I se tiendrait en 2011, permutant avec le Groupe de travail III ou VI, et qu'aucune session ne se tiendrait en 2012.

88. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit, rappelant qu'il vient de dire qu'il était possible de tenir une session du Groupe de travail I avant la fin de 2011, qu'il serait difficile d'en organiser une autre en 2012.

89. **M. González** (Argentine) demande des éclaircissements quant au nombre de sessions du Groupe de travail I qui se tiendront avant la quarante-cinquième session de la Commission et si des ressources ont déjà été approuvées pour une session en 2012.

90. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la Commission a décidé qu'il n'y aurait qu'une session du Groupe de travail I, soit à la fin de l'année 2011, soit au début de l'année 2012. On ne dispose de ressources budgétaires que pour une session, et le Secrétariat a réservé les dates et les salles pour 2012.

91. **M. Grand d'Esnon** (France) dit que la tenue d'une session du Groupe de travail I en avril 2012 ne laisserait que très peu de temps pour en assimiler les conclusions avant la session de 2012 de la Commission.

92. **M. González** (Argentine) dit qu'il faudrait revoir la manière dont le budget des sessions des groupes de travail est établi.

93. **M. Sorieul** (Secrétaire de la Commission) dit que la session du Groupe de travail I, en avril 2012, sera précédée de réunions d'experts qui aideront le Secrétariat à préparer les décisions que le Groupe devra approuver en vue de leur soumission à la Commission pour adoption.

94. *Le document A/CN.9/XLIV/CRP.1/Add.21, tel que modifié oralement, est adopté.*

95. *Le projet de rapport dans son ensemble, tel que modifié oralement, est adopté.*

96. **Le Président** déclare la quarante-quatrième session de la Commission close.

La séance est levée à 16 h 40.

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

(A/CN.9/722)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

I. Références générales . . . . . .

II. Vente internationale de marchandises . . . . . .

III. Arbitrage commercial international et conciliation . . . . . .

IV. Transport international . . . . . .

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by) . . .

VI. Commerce électronique . . . . . .

VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances) . . . . . .

VIII. Passation des marchés . . . . . .

IX. Insolvabilité . . . . . .

X. Contrats internationaux de construction . . . . . .

XI. Échanges internationaux compensés . . . . . .

XII. Projets d'infrastructure à financement privé . . . . . .

XIII. Règlement des litiges en ligne . . . . . .

Annexe

Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI . . . . . .

I. Références générales

Berger, K. P. The creeping codification of the new *lex mercatoria*. Deuxième édition. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2010. xxxvi, 422 p.

Boele-Woelki, K. Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws. *Recueil des cours: Académie de Droit International = Collected courses of the Hague Academy of International Law* (Leyde, Pays-Bas) 340:271-462, 2009.

Bucher, A. La dimension sociale du droit international privé: cours général. *Recueil des cours: Académie de Droit International = Collected courses of the Hague Academy of International Law* (Leyde, Pays-Bas) 341, 2010.

Castellani, L. 经济发展和法律 ：统一贸易法与中非关系. *湘江法律评论 = Xiangjiang law review* (Xiangtan, Chine) 8:16-23, 2009.

Traduction chinoise. Titre original: Economic development and the rule of law: uniform trade law and Africa-China relations.

De Carolis, D. Some features of the harmonization of international trade law in the third millennium. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:1:37-72, 2010.

Elías Azar, E. La contratación como núcleo del derecho comercial en la globalización económica. El papel activo de México. *Dans* Contratación y arbitraje internacionales. R. Méndez-Silva, *dir. publ.* Mexique, D.F., Université nationale autonome du Mexique, 2010. p. 23 à 61.

Funk, Y. I., D. A. Kalimov *et* V. P. Sergeev. Курс внешнеторгового права: основные внешнеторговые сделки. Москва, Издательство деловой и учебной литературы, 2007. 655 p.

Traduction du titre: Cours de droit commercial international: transactions commerciales internationales de base.

Galgano, F. *et* F. Marrella. Diritto e prassi del commercio internazionale. Padoue, Italie, CEDAM, 2010. 955 p.

Traduction du titre: Droit et pratique du commerce international.

Heidemann, M. International commercial harmonisation and national resistance: the development and reform of transnational commercial law and its application within national legal culture. *European business law review* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 21:2:227-244, 2010.

La Chine, S. Diritto marittimo: l'accidentata via per l'uniformità. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:635-642, 2010.

Traduction du titre: Droit maritime: la route mouvementée vers l'uniformité.

Lebedev, S. N. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. Москва, Статут, 2009. 715 p.

Traduction du titre: Sélection d'article sur l'arbitrage commercial international, le droit international commercial, le droit international privé et le droit privé de la mer.

Malatesta, A. Codificazione del diritto del commercio internazionale e nuovi strumenti giuridici per l'impresa: i recenti lavori dell'UNCITRAL. *Documents Liuc* Università Carlo Cattaneo (Castellanza, Italie) 43:11, 1997.

Traduction du titre: Codification du droit commercial international et nouveaux instruments juridiques pour l'entreprise: travaux récents de la CNUDCI.

Nations Unies. Collection des textes juridiques de la CNUDCI. Vienne, Nations Unies, 2010. DVD.

Perales Viscasillas, P. Derecho uniforme del comercio internacional y tratados de libre comercio en América. *Dans* El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños. J. A. Gómez Segade *et* A. García, *dir. publ.* Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 64 à 76.

Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol. 1 *et* vol. 2, 2010.

_____. Annuaire de la CNUDCI: volume XXXVI: 2005. Vienne, Nations Unies, 2010. CD-ROM. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.4.

Wandrag, R. Unification of the Southern African contract law. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

II. Vente internationale de marchandises

Aboul-Ellail, I. Third party claims under CISG in comparison with Kuwaiti law. Document établi en vue de la quatrième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime (2010): aspects économiques et juridiques du développement du trafic maritime dans la zone euroméditerranéenne, en commémoration du trentième anniversaire de la CVIM. Bibliotheca Alexandrina, 29 et 30 mai 2010.

En arabe. Titre original:

ضمان البائع لتعرض الغير وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي للبضائع : فيينا 1980

Aguilar Vieira, I. de. L'applicabilité et l'impact de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises au Brésil. Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2010. 472 p.

Alba Fernández, M. Documentary duties of the seller in contracts for the international sale of goods: a case for an autonomous interpretation of article 58 of the Vienna Sales Convention. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.1:3-26, 2010.

Bar, N. *et* N. Har-Sinay. Contract validity and the CISG: closing the loophole. *International studies and scholarship advisor* 1er juillet 2010.

Baumgartner, S. Contract formation under the CISG and under the UNIDROIT principles: special focus on the issue of the battle of the forms. Sarrebruck, Allemagne, VDM Verlag Dr. Müller, 2008. 134 p.

Bortolotti, F. Manuale di diritto commerciale internazionale, volume I: diritto dei contratti internazionali. Troisième édition. Padoue, Italie, CEDAM, 2010. 1127 p.

Traduction du titre: Manuel de droit commercial international, volume I: droit international des contrats.

Bridge, M. Avoidance for fundamental breach of contract under the UN Convention on the International Sale of Goods. *International and comparative law quarterly* (Londres) 59:911-940, 2010.

Brunner, C. UN-Kaufrecht-CISG: Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980; unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht. Bern, Stämpfli Verlag AG, 2004. xxxi, 705 p.

Traduction du titre: CVIM: Commentaire sur la CVIM (1980) à la lumière de ses interactions avec le droit suisse.

Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: CISG. São Paulo, Grebler Advogados, 2009. 20 p.

Traduction de la CVIM (1980).

Convention de Vienne: Trentième anniversaire de la CVIM, conférence à la mémoire de Albert H. Kritzer, [12 et 13 novembre 2010], Belgrade [documents de la conférence]. Belgrade, Faculté de Droit de l'Université de Belgrade, 2010. 412 p.

CVIM-Brésil, entretien avec Luca Castellani, juriste de la CNUDCI. Avril 2010.

Damiani, G. Game theory in contemporary international commercial law: the CISG and its potential ratification by Brazil and the United Kingdom. *Dans* Yearbook on international arbitration: volume I. M. Roth *et* M. Geistlinger, *dir. publ.* Anvers, Belgique, EAP, 2010. p. 257 à 265.

Date-Bah, S. K. The case for accession to, or ratification of, the Vienna United Nations Convention on the International Sale of Goods 1980 by African states. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

DiMatteo, L. A. Enforcement of penalty clauses: a civil-common law comparison. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:5:193-202, 2010.

Djinović, M. Mednarodna prodaja blaga: konvencija Združenih narodov o pogodbah o mednarodni prodaji blaga: priročnik za prakso. Ljubljana, Gospodarska Zbornica Slovenije, 2009. 216 p.

Traduction du titre: Vente internationale de marchandises: CVIM (1980): manuel pour les praticiens.

Duhl, G. M. International sale of goods 2009. *Business lawyer* (Chicago, Ill.) 65:4, 2010.

Elsaghir, H. A. The interpretation of the CISG and its influence on the Egyptian law. Document établi en vue de la quatrième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime (2010): aspects économiques et juridiques du développement du trafic maritime dans la zone euroméditerranéenne, en commémoration du trentième anniversaire de la CVIM. Bibliotheca Alexandrina, 29 et 30 mai 2010.

En arabe, avec résumé en anglais. Titre original:

مبادئ تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولى للبضائع: اتفاقية فيينا 1980

Flechtner, H. M. Globalization of law as documented in the law on international sales of goods. *Dans* Nieuw internationaal privaatrecht: meer europees, meer

globaal. Erauw, J. *et* P. Taelman, *dir. publ.* Mechlin, Kluwer, 2009. p. 541 à 560.

Friehe, H. A. Die Setzung der unangemessen kurzen Nachfrist im CISG mit einem Ausblick auf das BGB (Teil 1). *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:6:230-250, 2010.

Traduction du titre: La définition de délais excessivement brefs dans la CVIM (1980) compte tenu du Code civil allemand (première partie).

Furmston, M. P. *et* G. J. Tolhurst. Contract formation: law and practice. Oxford, Oxford University Press, 2010. 521 p.

Gabriel, H. D. Contracts for the sale of goods: a comparison of U.S. and international law. Deuxième édition. Oxford, Oxford University Press, 2009. vii, 455 p.

Gillette, C. P. *et* F. Ferrari. Warranties and "lemons" under CISG Article 35(2)(a). *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:1:2-17, 2010.

Gotanda, J. Y. Compounding interest in interest: the global economy, deflation, and interest. *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2009. A. W. Rovine, *dir. publ.* Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 261 à 287.

Hachem, P. The future of agreed sums payable upon breach of an obligation. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Hayward, B. The CISG in Australia: the jigsaw puzzle missing a piece. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:2:193-222, 2010.

Honsell, H., *dir. publ.* Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). Heidelberg, Springer, 2010. lxxiv, 1232 p.

Traduction du titre: Commentaires sur la CVIM (1980).

Huang, Yanming. Notes on the application of the CISG to some international commercial cases. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 25:5:25-45, 2010.

Issa-Sayegh, J. La vente commerciale en droit OHADA: apports et emprunts. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Jacquet, J-M. Conflits de lois: vente internationale de marchandises: conditions d'application de la Convention de Vienne. *Journal du droit international* (Paris) 137:2:496-498, 2010. Commentaire n° 9.

Kazuhiko, Kokusho. わが国私法(学)は今どこに立っているか. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 38:8:1090-1100, 2010.

Traduction du titre: Le droit privé japonais: savons-nous où va notre jurisprudence? Pendant que le droit privé tend par principe à s'unifier dans l'Union européenne, un aperçu de l'histoire juridique allemande.

Kim, Chin-Woo. CISG je 72jo-ae daereun yeehang-gi jun-ui gaeyakuiban. *Bubhak nongu = Kyungpook National University law journal* (Dae-gu, République de Corée) 32:265-292, 2010.

Traduction du titre: Contravention anticipée au contrat aux termes de l'article 72 de la CVIM (1980).

_____. CISG-ae dae-reun chungyak-ui hyoryukbalsangkwa chungyak-ui hwei-su. *Dong-a bubhak* (Pusan, République de Corée) 45:165-192, 2009.

Traduction du titre: Validité et rétractation de l'offre aux termes de la CVIM (1980).

_____. Maedoin-ui ilbuboolyeehang-ae daehan maesooin-ui gujaesoodan. *Bubhak nongu = Kyungpook National University law journal* (Dae-gu, République de Corée) 30:123-154, 2009.

Traduction du titre: Les recours juridiques de l'acheteur en cas de non-exécution partielle.

Kim, Jong-Woo. Joong-guk-ui CISG jukyong gochal. *Kiopbub yon'gu* (Séoul) 23:3:337-364, 2009.

Traduction du titre: Étude juridique sur l'application de la CVIM (1980) en Chine: dispositions du groupe d'assurance PICC.

Kleineman, J., *dir. publ.* CISG part II conference: Stockholm, 4 et 5 septembre 2008. Stockholm, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska institutionen, 2009. 150 p.

Kokusho, Kazuhiko. Reception of CISG in this land: upon duly receiving the same by Germany and America. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 38:6:754-762, 2010.

En japonais. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Kölmel, D. Das Regressrecht bei internationalen Lieferketten: unter besonderer Berücksichtigung des UN-Kaufrechts sowie der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf. Baden-Baden, Nomos, 2008. 275 p.

Traduction du titre: Le droit de recours dans les chaînes d'approvisionnement internationales, compte tenu en particulier de la CVIM (1980) et de la directive sur la vente de biens de consommation.

Kull, I. The law of business contracts in transition: an Estonian model. *Dans* Business law in transition: a comparative perspective on Eastern Europe, reports of the ISDC Colloquium (3 juillet 2008). E. Lein, *et al.*, *dir. publ.* Zurich, Schulthess, 2010. p. 89 à 104.

Lein, E. Ideals and realities: reflections on law reception in Eastern European private law. *Dans* Business law in transition: a comparative perspective on Eastern Europe, reports of the ISDC Colloquium (3 juillet 2008). E. Lein, *et al.*, *dir. publ.* Zurich, Schulthess, 2010. p. 13 à 26.

Magnus, U. Das UN-Kaufrecht: bereit für die nächste Dekade. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (Munich) 18:881-903, 2010.

Traduction du titre: La CVIM (1980): prête pour la prochaine décennie.

Matsunaga, Shinomi. CISG 19jyo3ko ni okerufunsokaiketsujyoko: hanrei no kentokara. *JCA journal* (Tokyo). Pt. 1-3 dans vol. 57, 2010.

Traduction du titre: Le paragraphe 3 de l'article 19 de la CVIM (1980) comme clause de résolution des différends: étude de cas.

Mazzotta, F. G., C. Baasch Anderson *et* B. Zeller. A practitioner's guide to the CISG. Huntington, N.Y., Juris, 2010. 1 v.

McAlinn, G. P. Japan and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *JCAA newsletter* (Tokyo). Pt. 1 dans 24:1-5, mai 2010.

Miranda Serrano, L. M. La perfección del contrato en pública subasta. Aproximación desde el régimen legal del comercio minorista. *Dans* El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños. J. A. Gómez Segade *et* A. García, *dir. publ.* Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 601 à 619.

Mittmann, A. Die Bestimmung des Lieferortes beim Versendungskauf im Rahmen von Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO nach der Entscheidung „Car Trim" des EuGH. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:4:146-150, 2010.

Traduction du titre: Détermination du lieu de livraison dans le cadre de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 5 du Règlement Bruxelles I à la suite de la décision "Car Trim" de la Cour de justice européenne.

Musin, V. The influence of the international sale of goods convention on domestic law including conflict of laws (with specific reference to Russian law). *Recueil des cours: Académie de Droit International = Collected courses of the Hague Academy of International Law* (Leyde, Pays-Bas) 342:9-76, 2009.

Nations Unies. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. New York, Nations Unies, 2010. 42 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.14.

Nguyen, Minh Hang. Vente internationale et droit vietnamien de la vente: la convention de Vienne de 1980. Tours, France, Presses Universitaires François-Rabelais, 2010. 429 p.

Niibori, Satoshi. グローバル商取引法各論:
ウィーン売買条約後の国際商取引法統一の行方:
条約からリステイトメントへ. *JCA ジャーナル = JCA journal* (Tokyo).
Pt. 5-22 dans vol. 56 et 57, 2009-2010.

Traduction du titre: Questions de droit commercial international, harmonisation du droit commercial international après la CVIM (1980): du traité à la reformulation.

O, Ho-Cheol. Haja dambochakim-ul dulruhsan kukjemoolpoom maemaepubkwa woori gaejung minbuban-ui bigyo. *Bigyo bubhak yon'gu* (Séoul) 59-84, 2005.

Traduction du titre: Étude comparative entre la CVIM (1980) et le projet de loi civile coréenne sur les garanties.

O, Seog-Ung. CISG-ae ituhsuh bonjiljuk gaeyakweebankwa maesooin-ui gaeyakhaejaekwon. *Bubhak yon'gu* (Dae-gu, République de Corée) 22:395-418, 2006.

Traduction du titre: La contravention essentielle au contrat et le droit de l'acheteur à déclarer le contrat résolu en vertu de la CVIM (1980).

_____. Kukje moolpoom maemaegaeyak-ae kwanhan UN hyupyak-kwa UNIDROIT wonchik 2004ui bigyo yongu. *Bubhak yon'gu* (Dae-gu, République de Corée) 25:269-296, 2007.

Traduction du titre: Étude comparative sur la CVIM (1980) et les Principes d'UNIDROIT (2004) en ce qui concerne la formation du contrat.

_____. Kukje moolpoom maemaegaeyak-ui yeehang-ae kwanhan yon'gu. *Bubhak yon'gu* (Dae-gu, République de Corée) 31:237-261, 2008.

Traduction du titre: Étude sur l'exécution du contrat de vente internationale de marchandises: obligations du vendeur et de l'acheteur aux termes de la CVIM (1980) et comparaison avec les principes d'UNIDROIT de 2004.

Oosthuizen, B.-C. Rights, duties and remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: an investigation into the CISG's compatibility with South African law. Grahamstown, South Africa, Rhodes University, 2008. 182 p.

Ostendorf, P. International sales terms. Munich, Verlag C.H. Beck, 2010. 173 p.

Osuna González, A. La interpretación judicial en México relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Dans* Contratación y arbitraje internacionales. R. Méndez-Silva, *dir. publ.* Mexique, D.F., Université nationale autonome du Mexique, 2010, p. 91 à 129.

Ott, F. *et* P. Matthey. Le commerce international des marchandises. Bruxelles, Bruylant, 2010. 325 p.

Paal, B. P. Methoden der Lückenfüllung: UN-Kaufrecht und BGB im Vergleich. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg, Allemagne) 110:1:64-88, 2011.

Traduction du titre: Méthodes d'acquittement des dettes: comparaison de la CVIM (1980) avec le Code civil allemand.

Park, Young Bok. 매매협약(CISG) 적용 사안에 있어서의 상계. *國際去來法研究 = Journal coréen du droit des affaires et du droit commercial international* (Séoul) 19:1:121-144, 2010.

Traduction du titre: La compensation dans le champ d'application de la CVIM (1980).

Pate, R. A. The future of harmonization: soft law instruments and the principled advance of international lawmaking. *Touro international law review* (Central Islip, N.Y.) 13:2:142-164.

Pavić, V. *et* M. Djordjevic. Application of Articles 1 and 10 of the CISG in Serbian arbitral practice. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 16:249-266, 2009.

_____. Application of the CISG before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce: looking back at the latest 100 cases. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 28:1:1-62, 2009.

Pilich, M. Prawo kupującego do wstrzymania się z zapłatą ceny w razie dostarczenia towarów niezgodnych z umową na tle art. 46 ust. 2 i 3 Konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów. *Problemy prawa prywatnego międzynarodowego* (Katowice, Pologne) 4:89-116, 2009.

Traduction du titre: Droit de l'acheteur de s'abstenir de payer en cas de livraison de marchandises non conformes au contrat (paragraphes 2 et 3 de l'article 46 de la CVIM (1980)).

Piltz, B. UN-Kaufrecht und internationaler Gütertransport. *Dans* Ad multos annos: Seehandelsrecht und internationales Kaufrecht. B. Czerwenka *et* M. Paschke, *dir. publ.* Berlin, Lit Verlag, 2010. p. 7 à 18.

Traduction du titre: La CVIM (1980) et le transport international des marchandises.

Qtaishat, K. S. L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises selon le système jordanien de droit international privé. *European journal of scientific research* (Londres) 42:4:534-543, juin 2010.

Ramberg, J. Unification of transport law: difficulties and possibilities. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:813-818, 2010.

Rižnik, P. Some aspects of loss mitigation in international sale of goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:2:267-282, 2010.

Robin, G. La réparation du préjudice contractuel dans le commerce international: la pratique de l'arbitrage = The recovery of contractual damage in international commerce: arbitration practice. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 5:431-466, 2010.

Rogers, V. M. The dragon tamer of international sales law: a tribute to Professor Albert H. Kritzer (21 avril 1928-1er juin 2010). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:2:137-140, 2010.

Rovine, A. W. Introduction: convergence in international arbitration. *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2009. A. W. Rovine, *dir. publ.* Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. ix à xxii.

Sabbagh-Farshi, F. Die vorvertragliche Haftung im UN-Kaufrecht und in den Unidroit- und Lando-Prinzipien unter Einbeziehung des deutschen und englischen Rechts. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2008. 214 p.

Traduction du titre: La responsabilité précontractuelle dans la CVIM (1980), les principes d'UNIDROIT et les principes Lando en vertu du droit allemand et du droit anglais.

Saidov, D. A ULIS echo in the CISG world: Pamesa Ceramica v. Yisrael Mendelson. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 2:201-207, mai 2010.

Sánchez Cordero, J., *dir. publ.* The impact of uniform law on national law: limits and possibilities. Mexique, D.F, Université nationale autonome du Mexique, 2010. 1 v.

Sandvik, B. *et* L. Sisula-Tulokas. Fallet HD 2009:89 om direkt och indirekt skada i köplagen. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* (Helsingfors) 1-2:160-1660, 2010.

Traduction du titre: Décision de la Cour suprême 2009:89 sur les pertes directes et indirectes aux termes de la loi finlandaise sur les ventes de marchandises.

Schlabrendorff, F. von. Implementation of the United Nations Convention on the International Sale of Goods and the system of international commercial arbitration in Southeast Europe: a report on a GTZ project, undertaken with the support of the United Nations Commission on International Trade Law. S.l., GTZ, 2010. 46 p.

Schlechtriem, P. *et* I. Schwenzer. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). Troisième édition, Oxford, Oxford University Press, 2010. 1480 p.

Schroeter, U. G. Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht. *Recht in Afrika* (Cologne) 2001:163-176, 2001.

Traduction du titre: Le droit uniforme des ventes des États africains de l'OHADA en comparaison avec la CVIM (1980).

_____. UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verhältnis und Wechselwirkungen. Munich, Sellier, 2005. 802 p.

Traduction du titre: La CVIM (1980) et le droit communautaire: relation et interactions.

Schwenzer, I. The application of the CISG in light of national law. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:2:45-56, 2010.

_____ *et* G. Hager, *dir. publ.* Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag. Tübingen, Allemagne, Mohr Siebeck, 2003. xi, 955 p.

Traduction du titre: Livre d'or pour le 70e anniversaire de Peter Schlechtriem.

Schwenzer, I. Global sales law: theory and practice. Document présenté à la 15e réunion biennale de l'Académie internationale de droit commercial et de droit de la consommation, Toronto, 22-24 juillet 2010.

_____. Regional and global unification of sales law. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Sese, A. International implication of the PRC contract law: compare with CISG, PICC, PECL, UCC and amendment draft to Japanese Civil Code. *Kokusai shoji homu* (Tokyo). Pt. 1-3 dans vol. 38, 2010.

En japonais. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Smythe, D. J. The road to nowhere: Caterpillar v. Usinor and CISG claims by downstream buyers against remote sellers. 18 mars 2010.

Sohn, Taw-woo. Kukje moolpoom maemaegaeyak-ae kwanhan UNhyubyak (CISG) ui jukyongsang-ui tongilsung-ae kwanhan choikeun meekuk panrae-ui taedo-wa geu gaesunchak-ae kwanhan gochal. *Bubhak yongu = Pusan National University law review* (Pusan, République de Corée) 47:1:399-423, 2006.

Traduction du titre: Étude des décisions récemment rendues aux États-Unis d'Amérique concernant l'uniformité de leur exécution, et suggestions concernant l'uniformité.

Song, Hang. 《国际货物销售时效期限公约》评介: 兼论我国批准该公约的可行性. *国际贸易问题 = Journal of international trade* (Beijing) 6:48-52, 1994.

Traduction du titre: Commentaires sur la Convention sur la prescription (1974/1980) en vue de son éventuelle ratification.

Spagnolo, L. Green eggs and ham: the CISG, path dependence, and the behavioural economics of lawyers' choices of law in international sales contracts. *Journal of private international law* (Oxford, Royaume-Uni) 6:2:417-464, 2010.

Staff, M. J. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: lessons learned from five years of cases. *South Carolina journal of international law and business* (Columbia, Caroline du Sud) 6:1:1-52, 2009.

Sugiura, Yasutomo. 「国連国際物品売買に関する時効条約」に加入すべきか. *一橋法学 = The Hitotsubashi journal of law and international studies* (Tokyo) 9:2:1-22, 2010.

Traduction du titre: Devrions-nous adhérer à la Convention sur la prescription (1974/1980)?

Suk, Kwang Hyun. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and private international law. *Seoul law journal* (Séoul) 50:3:235-284, 2009.

En coréen, avec résumé en anglais.

Szabo, S. A bécsi vételi egyezmény, mint nemzetközi lingua franca: az egységes értelmezés és alkalmazás újabb irányai és eredményei. 251 p.

Traduction du titre: La CVIM (1980) comme lingua franca internationale: nouvelles directions et nouveaux résultats de l'interprétation et de l'application uniformes.

Tieder, J. B. International contract law as the substantive law applicable to international contracts. *Dans* International dispute resolution: the comparative law yearbook of international business, special issue, 2010. D. Campbell, *dir. publ.* Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2010. p. 103 à 165.

Vekas, L. About contract law in the new Hungarian civil code. *European review of contract law* (Berlin) 6:1:95-102, 2010.

Veneziano, A. UNIDROIT Principles and CISG: change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:1:137-149, 2010.

Vogenauer, S. *et* J. Kleinheisterkamp, *dir. publ.* Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC). Oxford, Oxford University Press, 2009. ccxxx, 1319 p.

Wethmar-Lemmer, M. When could a South African court be expected to apply the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)? *De jure* (Pretoria) 41:2:419-428, 2008.

Winsor, K. The applicability of the CISG to govern sales of commodity type goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:1:93-116, 2010.

Wittinghofer, M. Zur Berechnung des Schadensersatzes nach Art. 76 UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:6:225-230, 2010.

Traduction du titre: Calcul de la compensation au titre de l'article 76 de la CVIM (1980).

Witz, C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises. *Recueil Dalloz* (Paris) 186:15:921-933, 2010.

Wolff, L. Hong Kong's conflict of contract laws: quo vadis? *Journal of private international law* (Oxford, Royaume-Uni) 6:2:465-498, 2010.

Yang, Seok-Wan. Kukje moolpoom maemaegaeyak-ae ituhsuh "in-do"-ui bum-ui-ae kwanhan pubjuk gumto. *Kioppop yon'gu* (Séoul) 23:4:477-507, 2009.

Traduction du titre: Étude juridique sur la portée de la livraison ou de la "remise" des marchandises dans la CVIM (1980).

Zachariasiewicz, M. A. Konwencja wiedeńska o międzynarodowej sprzedaży towarów a inne akty ujednoliconego prawa umów ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. *Problemy prawa prywatnego międzynarodowego* (Katowice, Pologne) 2:29-53, 2007.

Traduction du titre: La CVIM (1980) et autres instruments unifiant le droit des contrats: la responsabilité du débiteur.

Zeller, B. Article 79 revisited. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:2:151-164, 2010.

_____. The challenge of a uniform application of the CISG: common problems and their solutions. *Macquarie journal of business law* (Sydney) 3:309-321, 2006.

_____. Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Deuxième édition. New York, Oxford University Press, 2009. 269 p.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

A focus on Australia. *Arbitration* (Londres) 77:1:7-115, 2010.

Article de fond sur l'arbitrage en Australie

A focus on Ireland. *Arbitration* (Londres) 76:4:579-655, 2010.

Article de fond sur l'arbitrage en Irlande.

Adolf, H. The meaning of international award under Indonesian arbitration law. *International arbitration law review* (Londres) 13:6:241-246, 2010.

Al Mulla, H., G. Blanke *et* K. Nassif. Comparison of gulf international arbitration rules. Huntington, N.Y., Juris, 2010. 175 p., A-164.

Al Zayed, N. Commercial arbitration in the Gulf States: an overview. *Journal of Arab arbitration* (Liban) 2:1:37-49, 2010.

Arbitraje. *DeCITA* (Buenos Aires) 2:9-519, 2004.

Article de fond sur l'arbitrage.

Aschauer, C. The new Austrian law of arbitration = Noua lege austriacă a arbitrajului. *Revista română de arbitraj* (Bucarest) 1:4:35-52, 2007.

Association for International Arbitration (Bruxelles), *dir. publ.* The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: 25 years. Anvers, Maklu, 2010. 168 p.

Audit, M. Droit des investissements internationaux: contentieux arbitral international, droit commun. *Jurisclasseur droit international* (Paris) 5:572-65:1-21, 2009.

Austermiller, S. ADR in Cambodia's legal system. *Cambodian yearbook on comparative legal studies* [Phnom Penh] 1:147-162, [2009].

Ayad, M. B. Harmonisation of international commercial arbitration law and sharia. *Macquarie journal of business law* (Sydney) 6:93-118, 2009.

Babiuc, V. Ordinea publică de drept internaţional privat în practica arbitrală română şi străină (II). *Revista română de arbitraj* (Bucarest) 1:4:1-7, 2007.

Traduction du titre: L'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence arbitrale (II).

Bachand, F. L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. Paris, L.G.D.J, 2005. xix, 536 p.

Bebohi, S. Les avantages comparatifs des règlements arbitrage CIRDI-CNUDCI-CCJA. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Bělohlávek, A. J. Law applicable to the merits of international arbitration and current developments in European private international law: conflict-of-laws rules and applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and other EU law standards in international arbitration. *Czech yearbook of international law* (Huntington, N.Y.) 1:25-46, 2010.

Bend, B. van der, M. Leitjen *et* M. Ynzonides, *dir. publ.* A guide to the NAI arbitration rules: including a commentary on Dutch arbitration law. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2009. 350 p.

Berg, A. J. van den. The Draft Dublin Convention 2008 – a comparison of the New York Convention 1958 and what is proposed. Présenté à la séance plénière de la Conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial à Dublin, juin 2008.

_____. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia: case comment on Court of Appeal of Amsterdam, 28 avril 2009. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:2:179-198, 2010.

_____. Hypothetical draft convention on the international enforcement of arbitration agreements and awards: explanatory note. Présenté à la séance plénière de la Conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial à Dublin, juin 2008.

_____. Hypothetical draft convention on the international enforcement of arbitration agreements and awards: text. Présenté à la séance plénière de la Conférence du Conseil international pour l'arbitrage commercial à Dublin, juin 2008

_____. The New York Convention of 1958: an overview. La Haye, ICCA (Conseil International pour l'arbitrage commercial), 2008. 22 p.

Bettauer, R. J. India and international arbitration: the Dabhol experience. *George Washington international law review* (Washington, D.C.) 41:2:381-387, 2009.

Bianchi, C. J. Obtaining evidence from third parties in arbitration proceedings. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 25:10:25-30, 2010.

Binder, P. M. International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions. Troisième édition. Londres, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010. lix, 716 p.

Bishop, R. D. *et* E. G. Kehoe, *dir. publ.* The art of advocacy in international arbitration. Deuxième édition. Huntington, N.Y, Juris, 2010. 642 p.

Bishop, R. D., *dir. publ.* Enforcement of arbitral awards against sovereigns. Huntington, N.Y, JurisNet, 2009. 476 p.

Blackaby, N. *et* C. Partasides. Redfern and Hunter on international arbitration. Cinquième édition. Oxford, Oxford University Press, 2009. 727 p.

Born, G. B. *et* E. G. Shenkman. Confidentiality and transparency in commercial and investor-state international arbitration. *Dans* The future of investment arbitration. Rogers, C. A. and R. P. Alford., *dir. publ.* Oxford, Oxford University Press, 2009. p. 5-42.

Born, G. B. International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing. Troisième édition. Pays-Bas, Kluwer Law International, 2010. 333 p.

Bortolotti, F. Manuale di diritto commerciale internazionale, volume I: diritto dei contratti internazionali. Troisième édition, Padoue, Italie, CEDAM, 2010. 1127 p.

Traduction du titre: Manuel de droit commercial international, volume I: le droit international des contrats.

Brekoulakis, S. Enforcement of foreign arbitral awards: observations on the efficiency of the current system and the gradual development of alternative means of enforcement. *American review of international arbitration* (New York) 19:3-4:415-446, 2008.

_____. Third parties in international commercial arbitration. Oxford, Oxford University Press, 2010. xl, 290 p.

Briones, J. *et* A. Tagvoryan. Is international arbitration in Latin America in danger? *Law and business review of the Americas* (Dallas, Texas) 16:131-135, 2010.

Brown, C. Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law. *Dans* International investment law and comparative public law. S. W. Schill, *dir. publ.* Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 659 à 688.

Brubaker, J. R. *et* M. P. Daly. Twenty-five years of the "prospective waiver" doctrine in international dispute resolution: Mitsubishi's footnote nineteen comes to life in the Eleventh Circuit. *University of Miami law review* (Coral Gables, Floride) 64:1233-1277, 2010.

Bucy, D. R. How to best protect party rights: the future of interim relief in international commercial arbitration under the amended UNCITRAL Model Law. *American University international law review* (Washington, D.C.) 25:579-609, 2010.

Caldwell, P. The new Hong Kong Arbitration Ordinance. *Asian dispute review* (Hong Kong) 14-18 janvier 2011.

Campbell, D., *dir. publ.* International dispute resolution: the comparative law yearbook of international business, numéro spécial, 2010. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2010. ix, 372 p.

Cantuarias Salaverry, F. Comments on the 2008 Peruvian arbitration law. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 1:291-304, 2010.

Castello, J. E. Plus ça change, plus c'est la même chose: eight revisions not adopted in the 2010 UNCITRAL Rules. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:4:855-868, 2010.

_____. Unveiling the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Dispute resolution journal* (New York) 65:2-3:21, 2010.

Centre du commerce international. Model contracts for small firms: legal guidance for doing international business. Genève, Nations Unies, 2010. 148 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.15.

Chan, Leng Sun. Amendments to the Singapore International Arbitration Act. *Arbitration* (Londres) 76:2:200-205, 2010.

Chan, P. Development of disputes resolution framework in ASEAN countries. *Dans* Development of international economic law from an Asian perspective. Symposium international, Nagoya University, Japon, 1er novembre 2003, p. 33 à 47.

Chapaev, R. International commercial arbitration assessment: report on the results of the assessment in the CIS (Armenia, Azerbaijan, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyz Republic, Moldova, Russia, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine, Uzbekistan) and Mongolia. Londres, BERD, 2007. 71 p.

Cheng, Tai-Heng *et* Peter W. Thorp, *dir. publ.* Numéro spécial sur la Chine. *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 7:4, décembre 2010.

Chung, Leon. A new international and domestic commercial arbitration framework for Australia. *Asian dispute review* (Hong Kong) 73-75, juillet 2010.

Cole, T. Commercial arbitration in Japon: contributions to the debate on "Japanese non-litigiousness". *Journal of international law and politics* (New York) 40:1:29-114, 2007.

Constable, J. W. International commercial arbitration. *Maryland bar journal* (Baltimore, Maryland) 43:4:12-17, juillet/août 2010.

Cook, T. *et* A. I. Garcia. International intellectual property arbitration. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2010. 464 p.

Cordero Moss, G. Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift: et tillegg og et forskningsprosjekt. *Lov og rett* (Oslo) 48:6:361-373, 2009.

Traduction du titre: Le choix de la loi dans l'arbitrage commercial international.

_____. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: further steps. *International arbitration law review* (Londres) 13:3:96-99, 2010.

Costa Braga de Oliveira, P. A. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil: legal and practical requirements. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 19:3:419-435, 2009.

Costa e Silva, P. A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras. *Revista da ordem dos advogados* (Lisbonne) 67:2, juin 2007.

Traduction du titre: Exécution des sentences arbitrales nationales et étrangères au Portugal.

Croft, C. The revised UNCITRAL Arbitration Rules of 2010: a commentary. Paper prepared for the AMINZ-IAMA Alternative Dispute Resolution Conference: Challenges and Change. Christchurch, Nouvelle-Zélande, 5-7 août 2010.

Dahlberg, H. *et* M. Öhrström. Proper notification: a crucial element of arbitral proceedings. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:5:539-543, 2010.

Danelius, H. ICSID, UNCITRAL and SCC as investment fora. *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson and M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 107 à 115.

Davidson, F. The Arbitration (Scotland) Act 2010: the way forward or a few missteps? *Journal of business law* (Londres) 1:43-63, 2011.

Devolvé, J-L., J. Rouche *et* G. H. Pointon. French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration. Deuxième édition. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2009. 364 p.

Dika, M. Interim measures under Croatian arbitration law. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 15:11-27, 2008.

Dingwall, J. International arbitration in Scotland: a bold new future. *International arbitration law review* (Londres) 13:4:138-147, 2010.

Dogauchi, M. Litigation and arbitration in international business disputes in Japan. *Dans* Development of international economic law from an Asian perspective. International symposium, Université de Nagoya, Japon, 1er novembre 2003. p. 49 à 67.

Dorda, C. *et* V. Öhlberger. Vienna perspective: 2010. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 25:3:43-50, 2010.

Drymer, Stephen L. The Revised 2010 UNCITRAL Arbitration Rules: new rules/new roles for designating and appointing authorities. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:4:869-877, 2010.

Dundas, H. R. The Arbitration (Scotland) Act 2010: a new era begins. *Asian dispute review* (Hong Kong) 108-112, octobre 2010.

Edsall, C. Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements in the United States: an opportunity to clarify recognition and enforcement practice. *Yale law journal* (New Haven, Connecticut) 120:397-406, 2010.

El-Ahdab, A. H. The draft arbitration law of the United Arab Emirates. *Journal of Arab arbitration* (Liban) 2:1:53-103, 2010.

Endzinas, M. Ar pagal teismas turėtų svarstyti asmens prašymą taikyti laikinąsias apsaugos priemones būsimam užsienio komercinio arbitražo sprendimui užtikrinti? *International journal of baltic law* (Jacksonville, Floride) 2:3:135-159, 2004.

Traduction du titre: Un tribunal devrait-il demander des mesures provisoires à un tribunal arbitral commercial?

Falconer, C. Protective measures in international arbitration. *Business law international* (Londres) 11:3:183-194, 2010.

Fei, Lanfang. Public policy as a bar to enforcement of international arbitral awards: a review of the Chinese approach. *Arbitration international* (Londres) 26:2:301-311, 2010.

Fernández Arroyo, D. P. Acerca de la introducción de las llamadas medidas cautelares ex-parte en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. *DeCITA* (Buenos Aires) 3:328-331, 2005.

Francis, N. *et* I. Fathalla. Sharm El Sheikh III: the role of state courts in arbitration, 2-4 June 2010 – conference report. *Journal of Arab arbitration* (Le Caire) 14:5-16, juin 2010.

_____. 2010 international arbitration survey: choices in international arbitration. New York, White & Case, 2010. 41 p.

Friedland, P. *et* M. Ottolenghi. Comments on the 2008 survey on international arbitration: corporate attitudes and practices on recognition and enforcement of arbitral awards. *American review of international arbitration* (New York) 19:3-4:447-453, 2008.

Gaillard, E. Legal theory of international arbitration. Leyde, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 2010. 194 p.

_____ *et* P. de Lapasse. Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international. *Recueil Dalloz* (Paris) 187:3:175-192, 2011.

Gaillard, E., *dir. publ.* The review of international arbitral awards: IAI Forum (Institut international pour l'arbitrage), Dijon, 12-14 septembre 2008. Huntington, N.Y., Juris, 2010. 500 p.

Gélinas, F. L'arbitrage comme vecteur d'intégration du droit uniforme. 15 octobre 2008.

_____. Peeking through the form of uniform law: international arbitration practice and legal harmonization. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:3:317-330, 2010.

Glusker, E. Arbitration hurdles facing foreign investors in Russia: analysis of present issues and implications. *Pepperdine dispute resolution law journal* (Malibu, Californie) 10:595-[622], 2010.

Gómez-Palacio, I. Arbitrator bias in countries with no or reduced arbitration tradition. *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2009. A. W. Rovine, *dir. publ.* Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 169 à 182.

Goss, R. C. Can state laws prevent international arbitration of insurance disputes under the New York Convention? *Dispute resolution journal* (New York) 65:4:14, novembre 2010-janvier 2011.

Greenberg, S. *et* F. Mange. Institutional and ad hoc perspectives on the temporal conflict of arbitral rules. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:2:199-213, 2010.

Haddad, H. The modification of the UNCITRAL Arbitration Rules in order to comply with the requirement of settling disputes between States and citizens of other States. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beyrouth) 53:9-20, 2010.

En arabe. Titre original:

تعديل بعض قواعد تحكيم اليونسيترال لتلائم حسم المنازعات الناشئة بين الدول ومواطني الدول الأخرى

La modification du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI afin de satisfaire à l'exigence de règlement des litiges entre États et citoyens d'autres États.

Haining, K. *et* B. Zeller. Can separability save Kompetenz-Kompetenz when there is a challenge to the existence of a contract? *Arbitration* (Londres) 76:3:493-502, août 2010.

Harrison, J. Recent developments to promote transparency and public participation in investment treaty arbitration. *Edinburgh School of Law Working Paper Series* (Edinbourgh) 2011/01, 2011.

Hartenstein, O. Das IPR der Schiedsgerichte. *Transportrecht* (Hamburg) 33:7/8:261-268, juillet/août 2010.

Traduction du titre: Droit international privé de l'arbitrage.

Hasan, M. Arbitrase institusional versus ad hoc. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Jakarta) 9:21-32, 2010.

Traduction du titre: Arbitrage institutionnel contre arbitrage ad hoc.

Heiskanen, V. And/or: the problem of qualification in international arbitration. *Arbitration international* (Londres) 26:4:441-466, 2010.

Hernández-Gutiérrez, M. I. Forum-selection and arbitration clauses in international commercial contracts: does the New York Convention call for a heightened enforceability standard? *Currents: international trade law journal* (Houston, Texas) 18:1:55-64, 2009.

Hess, B. Improving the interfaces between arbitration and European procedural law: the Heidelberg Report and the EU Commission's Green Paper on the Reform of the Regulation Bruxelles I. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 1:17-30, 2010.

Heuman, L. Are parties entitled to agree on the application of the UNCITRAL Model Law in a contract providing for arbitration in Sweden? *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson *et* M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 195 à 212.

Hilmer, S. E. Arbitration in Hong Kong: status quo and the impact of the UNCITRAL Model Law 2006 in the revised Arbitration Ordinance of Hong Kong. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 10:3:95-103, 2010.

Hinchey, J. W. International construction arbitration handbook. St. Paul, Minn., Thomson West, 2008. 1 v.

Historique complet et détaillé: tactiques de guérilla dans l'arbitrage et les procédures de niveau international, une ligne de partage délicate: comment contrecarrer et employer. Forums interdisciplinaires de la CCI autrichienne. Vienne, Autriche, 12-13 novembre 2010 [documents de la conférence]. *Transnational dispute management* (Voorburg, Pays-Bas) 7:2, novembre 2010.

Houtte, H. van. Arbitration guidelines: straitjacket or compass? *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson and M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 515 à 528.

Howell, D. J., *dir. publ.* Electronic disclosure in international arbitration. Huntington, N.Y, JurisNet, 2008. xii, 376 p.

Hun, S. National Arbitration Centre: legislative framework and recent development. *Cambodian yearbook on comparative legal studies* [Phnom Penh] 1:183-188, [2009].

Hutchinson, G. B. The Irish Arbitration Act. *International arbitration law review* (Londres) 13:2:N15-N17, 2010.

Illescas Ortiz, R. La renovación del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. *Derecho de los negocios* (Madrid) 22:244:1-4, 2011.

Ishikawa, Tomoko. Third party participation in investment treaty arbitration. *International and comparative law quarterly* (Londres) 59:2:373-412, 2010.

Jagusch, S. A comparison of ICSID and UNCITRAL arbitration: areas of divergence and concern. *Dans* The backlash against investment arbitration: perceptions and reality. M. Waibel *et al.*, *dir. publ.* Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2010. p. 79 à 109.

Jain, A. N. Yet another misadventure by Indian courts in the Satyam Judgment? *Arbitration international* (Londres) 26:2:251-280, 2010.

Janevski, A. *et* T. Deskoski. The new law on international commercial arbitration of the Republic of Macedonia. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 14:89-105, 2007.

Janićijević, D. Delocalization in international commercial arbitration. *Facta universitatis: law and politics* (Niš, Serbie) 3:1:63-71, 2005.

Jones, D. International dispute resolution in the global financial crisis. *Revista Română de arbitraj* (Bucarest) 17:5:1:8-28, 2011.

Kantor, M. A code of conduct for party-appointed experts in international arbitration: can one be found? *Arbitration international* (Londres) 26:3:323-380, 2010.

Kaplan, N. The development of arbitration in Hong Kong: potential guidelines for amendments to the Croatian Arbitration Act. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 15:227-245, 2008.

Kecskés, L. The development of Hungarian arbitration law. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 15:205-226, 2008.

Keutgen, G. L'arbitrage et la mondialisation du commerce. *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles) 87:2:223-245, 2010.

King, M. *et* I. Meredith. Partial enforcement of international arbitration awards. *Arbitration international* (Londres) 26:3:381-390, 2010.

Komarov, A. S. Remarks on the development of international commercial arbitration in modern Russia. *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson *et* M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 297 à 307.

Kronke, H. *et* others, *dir. publ.* Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2010. 617 p.

Kutty, F. The Shari'a factor in international commercial arbitration. *Journal of Arab arbitration* (Beyrouth) 4:63-112, 2009.

Lazič, V. The role of courts and arbitral institutions under the Croatian Arbitration Act: does the act present a "friendly" legal framework for arbitration? *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 14:21-40, 2007.

Le Bars, B. La réforme du droit de l'arbitrage: un nouveau pas vers un pragmatisme en marche. *Semaine juridique édition générale* (Paris) 4:142-145, 2011.

Lima Pinheiro, L. de. Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral. *Revista da ordem dos advogados* (Lisbonne) 67:3, décembre 2007.

Traduction du titre: Note sur le recours contre une sentence arbitrale.

Lindesay, E. Interim measures in international commercial arbitration. Boston, Massachusetts, s.n., 2009. 75 p.

Liu, Xiaohong, *dir. publ.* 国际商事仲裁专题研究. Beijing, Law Press Chine, 2009. 646 p.

Traduction du titre: Monographie sur le droit de l'arbitrage commercial international.

Lui, C. Navigating through the legal minefield of state and federal filing for perfecting security interests in intellectual property. *Santa Clara law review* (Santa Clara, Californie) 51:705-741, 2011.

Luttrell, S. Bias challenges in international commercial arbitration: the need for a "real danger" test. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2009. 296 p.

McGill, S. Consumer arbitration clause enforcement: a balanced legislative response. *American business law journal* (Austin, Texas) 47:361-413, 2010.

McIlwrath, M. *et* J. Savage. International arbitration and mediation: a practical guide. Austin, Wolters Kluwer, 2010. 515 p.

McIsaac, C. Challenging by the rules of the game: certainty through procedural harmonisation of challenges in international commercial arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 13:4:127-137, 2010.

Melis, W. New arbitration and conciliation rules of the Vienne International Arbitration Center. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 14:117-125, 2007.

_____. The way to new UNCITRAL Arbitration Rules. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 15:247-252, 2008.

Méndez Silva, R., *dir. publ.* Contratación y arbitraje internacionales. Mexique, D.F., Université nationale autonome du Mexique, 2010. 507 p.

Meyer Fabre, N. *et* C. Baker Chiss. La nouvelle loi écossaise sur l'arbitrage: (Arbitration (Scotland) Act 2010). *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:801-811, octobre-décembre 2010.

Mierlo, A. I. M. van. Aruba, the place to be for arbitration? La Haye, Boom Juridische, 2006. 100 p.

En néerlandais, avec quelques parties en anglais.

Mistelis, L. A., *dir. publ.* Concise international arbitration. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2010. 1115 p.

Mistelis, L. A. *et* C. Baltag. Recognition and enforcement of arbitral awards and settlement in international arbitration: corporate attitudes and practices. *American review of international arbitration* (New York) 19:3-4:319-375, 2008.

Mitten, M. J. *et* H. Opie. "Sports law": implications for the development of international, comparative, and national law and global dispute resolution. *Tulane law review* (New Orleans, Louisiane) 85:269-322, 2010.

Möller, G. Discretion pursuant to Article V of the New York Convention. *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson and M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 329 à 341.

Monastyrsky, Y. E. Непризнание иностранных судебных актов об отмене арбитражных решений = Non-reconnaissance des jugements étrangers annulant des sentences arbitrales. *Московского журнала международного права = Moscow journal of international law* (Moscou) 3:79:120-129, 2010.

Monichino, A. The adequacy of arbitral reasons: an Australian perspective. *Asian dispute review* (Hong Kong) 118-122, octobre 2010.

Morek, R. Dobrowolność mediacji i jej ograniczenia (prawo i praktyka). *Studia iuridica* (Varsovie) 49:141-157, 2008.

Traduction du titre: Le caractère volontaire de la médiation et ses limites en droit et en pratique.

Morgan, R. Tick, tock: limitation periods and the enforcement of arbitral awards. *Asian dispute review* (Hong Kong) 113-117, octobre 2010.

Mourre, A. Precedent and confidentiality in international commercial arbitration: the case for the publication of arbitral awards. *Dans* Precedent in international arbitration. Y. Banifatemi, *dir. publ.* Huntington, N.Y., Juris, 2008. p. 39 à 65.

Nacimiento, P. *et* A. Barnashov. Recognition and enforcement of arbitral awards in Russia. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:3:295-306, 2010.

Nariman, F. S. India and international arbitration. *George Washington international law review* (Washington, D.C.) 41:2:367-379, 2009.

Nations Unies. Différends entre investisseurs et État: prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage. Genève, Nations Unies, 2010. 129 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.II.D.11.

Noussia, K. Punitive damages in arbitration: panacea or curse? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:3:277-294, 2010.

Ochoa Muñoz, J. L. Reconocimiento de laudo arbitral extranjero. *Dans* Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas. I. de Valera, *dir. publ.* Caracas, Anauco Ediciones, 2005. ch. 4, p. 239 à 275.

Oghigian, H. *et* Mami Ohara. How to deal with Zeus: advocacy of parallel proceedings from an investor's perspective. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 25:10:31-36, 2010.

Onyema, E. Enforcement of arbitral awards in Sub-Sahara Africa. *Arbitration international* (Londres) 26:1:115-138, 2010.

_____. International commercial arbitration and the arbitrator's contract. Londres, Routledge, 2010. 257 p.

Park, W. W. Arbitrator integrity: the transient and the permanent. *San Diego law review* (San Diego, Californie) 46:629-703, 2005.

_____. Arbitrator integrity and investor-state disputes. *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2009. A. W. Rovine, *dir. publ.* Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 100 à 129.

Patocchi, P. M. UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung ("UncitralO"). *Dans* Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar. R. A. Schütze, *dir. publ.*, deuxième édition. Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2011. p. 713 à 867.

Traduction du titre: Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Paulsson, J. International arbitration is not arbitration. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 2:1-20, 2008.

_____ *et* G. Petrochilos. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: a report. Vienne, établi à la demande du Secrétaire de la CNUDCI, 2006. [210] p.

Document non officiel de la CNUDCI.

Payton, M. Security for and enforcement of arbitration awards. *Arbitration* (Londres) 76:3:431-439, août 2010.

Peacock, N. Arbitrating in "developing" arbitral jurisdictions: a discussion of common themes and challenges based on experiences in India and Indonesia. *International arbitration law review* (Londres) 13:6:221-233, 2010.

Pengelley, N. Alberta says nyet! Limitation act declares Russian arbitral award DOA: Supreme Court to give kiss of life? Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation. *Journal of private international law* (Oxford, Royaume-Uni) 5:1:105-124, 2009.

Perovic, J. Étendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: quid en particulier des clauses excluant les consequential damages? *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles) 87:4:571-604, 2010.

Petrochilos, G. Interim measures under the Revised UNCITRAL Arbitration Rules. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 28:4:878-890, 2010.

Polkinghorne, M. *et* M. Secomb. Commentary: arbitration reform in Australia. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 2:547-550, 2010.

Poulton, E. *et* T. Yates. UNCITRAL publish new arbitration rules. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 25:9:23-27, 2010.

Pryles, M. The Kaplan lecture 2009: when is an arbitration agreement waived? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:2:105-139, 2010.

Pucci, A. N. Las nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial vigentes en el Brasil: ¿ofrecen suficiente protección a las inversiones extranjeras? *DeCITA* (Buenos Aires) 3:220-239, 2005.

Puharič, K. Arbitration and mediation in Slovenia: de lege lata and de lege ferenda. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 15:193-204, 2008.

Racine, J-B. La sentence d'incompétence. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:729-781, octobre/décembre 2010.

Ragnwaldh, J. *et* N. Eliasson. Security for costs in investment arbitration. *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson *et* M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 395 à 415.

Rainer, D. The impact of West Tankers on parties' choice of a seat of arbitration. *Cornell law review* (Ithaca, N.Y.) 95:431-461, 2010.

Raposo, M. Temas de arbitragem comercial. *Revista da ordem dos advogados* (Lisbonne) 66:1, janvier 2006.

Traduction du titre: Thèmes de l'arbitrage commercial.

Ravillon, L. Sources informelles du droit des affaires internationales = Informal sources of international business law. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 3:278-293, 2010.

Richardson, J. M. How confidential is mediation confidentiality? *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2008. A. W. Rovine, *dir. publ.* Leyde, M. Nijhoff Publishers, 2009. Pt.5, p. 273 à 291.

Rokison, K. "... pastures new": the 1997 Freshfields lecture. *Arbitration international* (Londres) 14:4:361-368, 1998.

Roodt, C. Conflicts of procedure between courts and arbitral tribunals in Africa: an argument for harmonization. *Tulane European and civil law forum* (La Nouvelle-Orléans, Lousiane) 25:65-101, 2010.

Rosenberg, C. Challenging arbitrators in investment treaty arbitrations: a comparative law approach. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:5:505-517, 2010.

Rosu, A. International regulations dealing with alternative dispute resolution for international commercial disputes. *EIRP Proceedings* Danubius University (Galati, Roumanie) 4, 2009.

Roth, M. *et* M. Geistlinger, *dir. publ.* Yearbook on international arbitration: volume I. Anvers, Belgique, EAP, 2010. 365 p.

Rovine, A. W. Introduction: convergence in international arbitration. *Dans* Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2009. A. W. Rovine, *dir. publ.* Leyde, Pays-Bas, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. ix à xxii.

Rueda García, J. A. La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al convenio. *Cuadernos de derecho transnacional* (Madrid) 2:1:203-232, 2010.

Sabater, A. When arbitration begins without a seat. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:5:443-472, 2010.

Sánchez Cordero, J., *dir. publ.* The impact of uniform law on national law: limits and possibilities. Mexique, D.F, Université nationale autonome du Mexique, 2010. 1 v.

Sanders, P. The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. La Haye, ICCA (Conseil International pour l'Arbitrage Commercial), 2009. 54 p.

Şandru, D-M. Arbitrajul în litigiile comerciale. Bucarest, Tribuna economic, 2010. 264 p.

Traduction du titre: Arbitrage des différends commerciaux.

Schafler, M. D. Comment: enforcement of foreign arbitral awards subject to local limitation periods: Supreme Court of Canada. *World arbitration & mediation review* (Huntington, N.Y.) 4:1:95-104, 2010.

Schlabrendorff, F. von. Implementation of the United Nations Convention on the International Sale of Goods and the system of international commercial arbitration in Southeast Europe: a report on a GTZ project, undertaken with the support of the United Nations Commission on International Trade Law. S.l., GTZ, 2010. 46 p.

Schwarz, D. M. A regression from the New York Convention: questions raised by Thomas v. Carnival Corporation. *University of Miami law review* (Coral Gables, Floride) 64:1441-1471, 2010.

Shaughnessy, P. The new SCC Emergency Arbitrator Rules. *Dans* Between east and west: essays in honour of Ulf Franke. Hobér, K., A. Magnusson and M. Öhrström, *dir. publ.* Hungtingon, N.Y., Juris, 2010. p. 459 à 480.

_____. Pre-arbitral relief: the new SCC emergency arbitrator rules. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:4:337-360, 2010.

Shen, Wei. Is this a great leap forward? A comparative review of the investor-state arbitration clause in the ASEAN-Chine investment treaty: from BIT jurisprudential and practical perspectives. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:4:379-419, 2010.

Shepston Overly, M. When private stakeholders fail: adapting expropriation challenges in transnational tribunals to new governance theories. *Ohio State law journal* (Columbus, Ohio) 71:341-380, 2010.

Sikirić, H. Javni poredak kao razlog za poništaj pravorijeka. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (Zagreb) 59:2-3:225-268, 2009.

Traduction du titre: L'ordre public comme motif d'annulation d'une sentence arbitrale.

Silva Romero, E. Observations sur la notion d'investissement après la sentence Phoenix. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 4:987-1006,2010.

Siqueiros, J. L. La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. *Revista de derecho privado* (Mexique, D.F.) 7:21-22:125-133, 2009.

Slate II, W. K. *et al.*. UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law): its workings in international arbitration and a new model conciliation law. *Cardozo journal of conflict resolution* (New York) 6:73-106, 2010.

Slate II, W. K. Interim measures of protection: speech delivered at the Sharm El Sheikh III conference. *Journal of Arab arbitration* (Le Caire) 14:65-74, juin 2010.

Slim, H. Une nouvelle loi relative à l'arbitrage au Proche-Orient: la loi syrienne n° 4 du 25 mars 2008. *Cahiers de l'arbitrage = Paris journal of international arbitration* (Paris) 2:551-564, 2010.

Smith, D. Shifting sands: cost-and-fee allocation in international investment arbitration. *Virginia journal of international law* (Charlottesville, Virginie) 51:3:749-784, 2011.

Spiegelfeld, B., S. Wurzer *et* H. E. Preidt. Challenge of arbitrators: procedural requirements. *Dans* Austrian yearbook on international arbitration, 2010. Wien, Manzsche, 2010. p. [46]-77.

Stampa, G. *et* others. El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad. Barcelone, J. M. Bosch, 2009. 267 p.

Stein, E. Thomas v. Carnival Corporation: has the Eleventh Circuit set international arbitration off course? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:5:529-537, 2010.

Steindl, B.-H. Learned lawyers attest: is it advantageous to be right in an (Austrian) court? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:4:427-437, 2010.

Streeter, P. A. Arbitration in Lithuanian commercial agreements: establishment and early development. *International journal of baltic law* (Jacksonville, Floride) 1:4:59-71, 2004.

Strong, S. I. Class arbitration outside the United States: reading the tea leaves. *Dans* Multiparty arbitration. Haotiau, B. *et* E. A. Schwartz, *dir. publ.* Paris, CCI, 2010. p. 183-213.

_____. From class to collective: the de-Americanization of class arbitration. *Arbitration international* (Londres) 26:4:493-548, 2010.

_____. Research and practice in international commercial arbitration: sources and strategies. Oxford, Oxford University Press, 2009. 145 p.

_____. Research in international commercial arbitration: special skills, special sources. *American review of international arbitration* (New York) 20:2:119-158, 2009.

Süral, C. Nearly a decade on: the perception of international arbitration law by Turkish courts. *Arbitration international* (Londres) 26:3:421-435, 2010.

_____. Respecting the rules of law: the UNIDROIT Principles in national courts and international arbitration. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:2:249-266, 2010.

Szumańsky, A., *dir. publ.* Arbitraż handlowy. Varsovie, C.H. Beck, 2010. 1029 p.

Traduction du titre: Arbitrage commercial.

Taok, M. La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international. Bruxelles, Bruylant, 2009. 278 p.

Thomas, A. L. Nonsignatories in arbitration: a good-faith analysis. *Lewis & Clark law review* (Portland, Oregon) 14:953-987, 2010.

Thomas, D. R. Enforcement of arbitration awards under the New York Convention 1958: Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:1:12-16, 2010.

Torterola, I. The transparency requirement in the new UNCITRAL arbitration rules: a premonitory view. *Investment treaty news* (Genève) 1:1:8-12, septembre 2010.

Trakman, L. E. Foreign direct investment: hazard or opportunity. *George Washington international law review* (Washington, D.C.) 41:1:1-66, 2010.

Turner, P. *et* R. Mohtashami. A guide to the LCIA arbitration rules. Oxford, Oxford University Press, 2009. xxvi, 387 p.

Varady, T., J. J. Barceló *et* A. T. Von Mehren. International commercial arbitration: a transnational perspective. Quatrième édition. St. Paul, Minnesota, West Group, 2009. 985 p.

Vassilakakis, E. Recognition or enforcement of foreign arbitral awards and state succession: the ghostly paradigm of the agreement between Greece and Yugoslavia in comparison to the New York Convention of 1958. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 16:281-297, 2009.

Vause, A. *et* H. Quinlan. Dispute-resolution developments in Bahrain: creation of a new arbitral institution and introduction of a form of statutory arbitration. *Arbitration* (Londres) 76:3:527-531, août 2010.

Vigoriti, V. La revisione delle Rules of Arbitration dell'Uncitral. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 19:4:575-588, 2009.

Traduction du titre: La révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

The Vis book: a participant's guide to the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Huntington, N.Y, Juris, 2008. 130 p.

Wagner, G. Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Allemagne) 74:4:794-840, 2010.

Traduction du titre: Structures de base d'une loi allemande sur la médiation.

Waincymer, J. M. The new UNCITRAL Arbitration Rules: an introduction and evaluation. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:2:223-248, 2010.

_____. Reconciling conflicting rights in international arbitration: the right to choice of counsel and the right to an independent and impartial tribunal. *Arbitration international* (Londres) 26:4:597-623, 2010.

Weigand, F.-B., *dir. publ.* Practitioner's handbook on international commercial arbitration. Deuxième édition. Oxford, Oxford University Press, 2009. 1736 p.

Weiler, T. J. *et* I. A. Laird, *dir. publ.* Investment treaty arbitration and international law. Huntington, N.Y, JurisNet, 2008. 3 v.

Wilburn, W. K. Mix and match: divergent legal traditions in international arbitration. *Maryland bar journal* (Baltimore, Maryland) 43:4:4-11, juillet/août 2010.

Wilson, D. The resurgence of Scotland as a force in international arbitration: the Arbitration (Scotland) Act 2010. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, Pays-Bas) 27:6:679-687, 2010.

Yamamoto, Shinpei.
投資協定上の「投資」概念についてのUNCITRAL仲裁手続における判断例. *JCA ジャーナル = JCA Journal* (Tokyo) 57:10:16-24, 2010.

Article sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'arbitrage relatif aux investissements.

Yannaca-Small, K., *dir. publ.* Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues. Oxford, Oxford University Press, 2010. xxii, 767 p.

Zachariasiewicz, M. Klauzula porządku publicznego jako podstawa odmowy uznania lub wykonania orzeczenia sądu polubownego w polskim prawie arbitrażowym na tle prawnoporównawczym. *Problemy prawa prywatnego międzynarodowego* (Katowice, Pologne) 6:1-114, 2010.

Traduction du titre: L'ordre public comme motif du refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence arbitrale dans le droit polonais de l'arbitrage, selon une perspective comparative.

تعديل قواعد تحكيم اليونسترال على ضوء تجربة ثلاثين عاماً: نظرة إلى المستقبل = The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules in light of thirty years of experience: a look into the future. Beyrouth, Liban, 15-17 avril 2010 [documents de la conférence]. *International journal of Arab arbitration = مجلة التحكيم* (Beyrouth) 2010:8:39-927, 2010.

Essentiellement en arabe, quelques articles en anglais.

IV. Transport international

Abd El Kader, Y. E. A necessary word to say. Document établi en vue de la quatrième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime (2010): aspects économiques et juridiques du développement du trafic maritime dans

la zone euroméditerranéenne, en commémoration du trentième anniversaire de la CVIM. Bibliotheca Alexandrina, 29 et 30 mai 2010.

En anglais et en arabe.

Alcántara, J. M. *et al.,* Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules. *Cuadernos de derecho transnacional* (Madrid) 2:2:5-15, 2010.

Alcántara, J. M. The Rotterdam Rules: prelude or premonition? *Cuadernos de derecho transnacional* (Madrid) 2:1:25-43, 2010.

Atamer, K. Construction problems in the Rotterdam Rules regarding the performing and maritime performing parties. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 41:4:469-497, 2010.

Baughen, S. Shipping law. Quatrième édition. Londres, Routledge-Cavendish, 2009. 436 p.

Beare, S., A. Diamond *et* F. Reynolds. Francesco Berlingieri and the Rotterdam Rules. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.1:132-146, 2010.

Bekker, P.H.F. *et* D. Ginzburg. The "Rotterdam Rules" and arbitration: questions and warning signs. *Dispute resolution journal* (Maple Shade, New Jersey) 68-73, février/avril 2010.

Bengtsson, S. The carriage of goods by sea conventions: a comparative study of seaworthiness and the list of exclusions. Sölvegaten, Suède, Université de Lund, 2010. 71 p.

Bergami, R. Rotterdam Rules: volume contracts, delivery terms, transport documents and letters of credit. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 14:1:9-32, 2010.

Berlingieri, A. Ancora sull'individuazione del vettore: la semplificazione introdotta dall'art. 37 delle Rotterdam Rules. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) 112:3:144-148, 2010.

Traduction du titre: Précisions sur l'identification du transporteur: la simplification introduite par l'article 37 des Règles de Rotterdam (2008).

Berlingieri, F. A review of some recent analyses of the Rotterdam Rules. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) 111:4:955-1036, 2009.

_____. Revisiting the Rotterdam Rules. Trimestriel: *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 4:583-639, 2010.

_____. Verso una ulteriore unificazione del diritto marittimo. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) 112:3-4:377-406, 2010.

Traduction du titre: Vers une nouvelle unification du droit maritime.

Bonassies, P. *et* P. Delebecque. Le droit positif français en 2009. *Droit maritime français* (Paris) 62:14:1-97, 2010.

Bordahandy, P.-J. The legal implications of the concept of shipping container. Aix-en-Provence, France, s.n., 2006. 426 p.

Branellec, G. L'uniformité du droit du contrat de transport international de marchandises par mer. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Brignardello, M. Il trasporto multimodale. Conférence à Gênes: "Il trasporto marittimo di persone e di cose: novità sulla unificazione della loro disciplina", 19 mai 2006.

Traduction du titre: Le transport multimodal.

Carbone, S. M. Conflits de lois en droit maritime. *Recueil des cours: Académie de Droit International = Collected courses of the Hague Academy of International Law* (Leyde, Pays-Bas) 340:63-270, 2009.

Centre du commerce international. Model contracts for small firms: legal guidance for doing international business. Genève, Nations Unies, 2010. 148 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.15.

Comenale Pinto, M. M. La limitazione risarcitoria nel progetto di convenzione UNCITRAL sul trasporto marittimo di merci. *Diritto Storia* (Sassari, Italie) 2007:6, 2007.

Comité maritime international. Archives du CMI: de 1987 à 2000. Anvers, Belgique, CMI, 2000. CD-ROM.

Eftestøl-Wilhelmsson, E. The Rotterdam Rules in a European multimodal context. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:4:274-288, 2010.

Ghebremedhn, B. The future of Eritrean carriage of goods by sea law. Halifax, N.S., Canada, s.n., 2006. 248 p.

Goddard, K. S. The application of the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:3:210-220, 2010.

Hoeks, M. Multimodal transport law: the law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Kluwer, 2010. 530 p.

Hu, Changsheng. On the protection of cargo interests under volume contract of the Rotterdam Rules. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 12:236-257, 2010.

En chinois. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Ibrahim, N. M. Cour de cassation égyptienne, n° 595/63, 28 février 2006: Annulation de la clause d'arbitrage dans une relation transporteur-destinataire par connaissement, en application des restrictions adoptées par la loi égyptienne 8 de 1990 sur le commerce maritime inspirée des Règles de Hambourg de 1978: commentaire. *International journal of Arab arbitration = مجلة التحكيم* (Beyrouth) 3:577-588, juillet 2009.

En arabe.

_____. The 2008 Rotterdam Rules: an Arab World perspective. *Annales de l'Institut méditerranéen des transports maritimes* (Marseille) 2010.

Illescas Ortiz, R. Lo que cambia en el derecho del transporte internacional tras las Reglas de Rotterdam. *Dans* El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños. Gómez Segade, J. A. *et* A. García, *dir. publ.* Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 591 à 599.

_____. Some keys to the Rotterdam Rules. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.1:547-554, 2010.

Jerman, B. The role of maritime transport in conventions on multimodal transport. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.1:586-605, 2010.

Khalid, N. *et* R. Suppiah. The Rotterdam Rules: catalyst for trade or cumbersome convention? *Maritime policy & management* (Hong Kong) 37:4:447-450, 2010.

Kim, In-Hyeon. The scope of application under UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (Rotterdam Rules). *Asian business lawyer* (Séoul) 5:35-51, Printemps 2010.

Kozubovskaya-Pelle, A. Le contrat de volume et les Règles de Rotterdam. *Droit maritime français* (Paris) 712:175-182, 2010.

La Mattina, A. Il trasporto multimodale come "chiave di volta" del sistema dei trasporti internazionali: necesita di una disciplina uniforme. Conférence à Gênes "Il trasporto marittimo di persone e di cose: novità sulla unificazione della loro disciplina", 19 mai 2006.

Traduction du titre: Le transport multimodal comme pierre de voûte du système des transports internationaux: nécessité d'une réglementation uniforme.

_____. Il trasporto multimodale e le Regole di Rotterdam. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:643-658, 2010.

Traduction du titre: Le transport multimodal et les Règles de Rotterdam (2008).

Lannan, K. Francesco Berlingieri: the gentleman diplomat. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:659-663, 2010.

Lima Pinheiro, L. de. Temas de direito marítimo: direito aplicável ao contrato de transporte marítimo de mercadorias. *Revista da ordem dos advogados* (Lisbonne) 68:1, janvier 2008.

Traduction du titre: Questions de droit maritime: le droit applicable au contrat de transport de marchandises par mer.

Lindpere, H. The Rotterdam Rules from an Estonian perspective. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:3:243-246, 2010.

Llorente Gómez de Segura, C. Las Reglas de Rotterdam. *Cuadernos de derecho transnacional* (Madrid) 2:1:165-185, 2010.

Minutes de la septième Conférence internationale sur le droit maritime: 2009.11.13-15, Shanghai. Shanghai, China Maritime Law Association, 2009. 570 p.

Miribel, S. Les Règles de Rotterdam: le droit des transports maritimes du XXIe siècle. *Droit maritime français* (Paris) 62:717:716-720, 2010.

Mukherjee, P. K. *et* O. Bokareva. Mulitimodal maritime plus: some European perspectives on law and policy. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:3:221-242, 2010.

Nikaki, T. The carrier's duties under the Rotterdam Rules: better the devil you know? *Tulane maritime law journal* (New Orleans, Louisiane) 35:1:1-44, 2010.

Ohara, Miyuka. Reconsidering possible column "Notify Party" in the new transport document by Rotterdam Rules. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 38:4:511-519, 2010.

En japonais. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

_____. 流通する現Ｂ/Ｌの裁判管轄条項の効力について： 小原三佑嘉. *Kokusai shoji homu* (Tokyo) 38:10:1427-1429, 2010.

Traduction du titre: La compétence eu égard aux connaissements actuels et les Règles de Rotterdam (2008).

Ramberg, J. Unification of transport law: difficulties and possibilities. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:813-818, 2010.

Rapport relatif au séminaire international sur les Règles de Rotterdam, tenu à Yaoundé du 18 au 19 mars 2010. *The shippers' newsletter* (Douala, Cameroun) 029:[1-4], 2010.

Ravillon, L. Sources informelles du droit des affaires internationales = Informal sources of international business law. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 3:278-293, 2010.

Reynolds, F. Hague, Visby, Hamburg and Rotterdam. *Dans* Serving the rule of international maritime law: essays in honour of Professor David Joseph Attard. N. A. Martínez Gutiérrez, *dir. publ.* Londres; New York, Routledge-Cavendish, 2010. p. 235 à 250.

Rotterdam Rules: retrospection, 20-23 septembre 2009, Rotterdam, Pays-Bas. Rotterdam, Pays-Bas, deVos raad&raad, 2010. DVD.

Rotterdam Rules issue. *European journal of commercial contract law* (Zutphen, Pays-Bas) 2:1/2, 2010.

Sales Pallarés, L. The Rotterdam Rules: between hope and disappointment. *Mexican law review* (Mexique, D.F.) 2:2:125-139, 2010.

Sparka, F. Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents: a comparative analysis. Heidelberg, Springer, 2010. xviii, 279 p.

Sturley, M. F. The carrier's liability under the Rotterdam Rules: the "well-balanced compromise" of article 17. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:977-995, 2010.

_____, Tomotaka Fujita *et* G. van der Ziel. The Rotterdam Rules: The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Londres, Thomson Reuters, 2010. 444 p.

Tetley, W. A summary of some general criticisms of the UNCITRAL Convention (the Rotterdam Rules). *Dans* Serving the rule of international maritime law: essays in honour of Professor David Joseph Attard. N. A. Martínez Gutiérrez, *dir. publ.* Londres; New York, Routledge-Cavendish, 2010. p. 251 à 254.

Thomas, D. R., *dir. publ.* The carriage of goods by sea under the Rotterdam Rules. Londres, Lloyd's List, 2010. 421 p.

Turci, S. Riflessioni sulla distribuzione degli oneri probatori nelle Rotterdam Rules. *Dans* Scritti in onore di Francesco Berlingieri. *Diritto marittimo* (Gènes, Italie) numéro spécial, vol.2:1114-1125, 2010.

Traduction du titre: Réflexions sur la répartition de la charge de la preuve dans les Règles de Rotterdam (2008).

Ulfbeck, V. Options in contracts of carriage: the air/road combination in recent European case law. *Transportrecht* (Hamburg) 33:10:370-376, 2010.

Williams, R. The Rotterdam Rules: winners and losers. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 16:3:191-209, 2010.

Wilson, J. F. Carriage of goods by sea. Septième édition. Essex, Royaume-Uni, Pearson, 2010. 559 p.

Xiang, Li. Right of control of the goods: focusing on chapter 10 of the Rotterdam Rules. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, Chine) 12:210-236, 2010.

En chinois. Titre en anglais tel qu'il figure dans la table des matières.

Ziegler, A. von, J. Schelin *et* S. Zunarelli, *dir. publ.* The Rotterdam Rules 2008: commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Alphen aan den Rijn, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2010. 424 p.

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)

Anastácio, C. M. da S. G. A tranferência bancária. Coimbra, Portugal, Almedina, 2010. 456 p.

Traduction du titre: Le virement bancaire.

Bollen, R. A discussion of best practice in the regulation of payment services (part I-II). *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 25:8:370-380, 2010; 25:9:429-440, 2010.

Davidson, A. The character of the United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit. *Documentary credit world* (Montgomery Village, Maryland) 26-32, juillet/août 2009.

_____. Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit. *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:25-47, 2010.

Gao, Xiang. The fraud rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: a significant contribution from an international perspective. *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:48-73, 2010.

Illescas Ortiz, R. Reimbursement under the Standby Letter of Credit Convention. *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:14-24, 2010.

Kelly-Louw, M. International measures to prohibit fraudulent calls on demand guarantees and standby letters of credit. *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:74-120, 2010.

Kiss, J. International payments law reform: introduction of global code of payments. *Banking & finance law review* (Agincourt, Ontario) 25:3:405, 2010.

Saleeby, R. Contracting out of the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit. *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:137-155, 2010.

Taylor, H. Nothing is over until we decide it is: is article 11(1) of the UN Standby Convention a complete list of ways to end the beneficiary's right to demand payment? *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:121-136, 2010.

White, J. J. Implementing the Standby Letter of Credit Convention with the law of Wyoming. *George Mason journal of international commercial law* (Arlington, Virginie) 1:1:1-13, 2010.

VI. Commerce électronique

Angarita, N. R. La firma electrónica es esencial en los negocios. *Mercosure digital* 20 mai 2009.

Blythe, S. E. Fine-tuning the e-commerce law of the United Arab Emirates: achieving the most secure cyber transactions in the Middle East. *International journal of business and social science* (Radford, Virginie) 1:1:163-172, 2010.

Castellani, L. The United Nations Electronic Communications Convention: policy goals and potential benefits. *國際去來法研究 = Journal coréen du droit des affaires et du droit commercial international* (Séoul) 19:1:1-16, 2010.

Choi, Kyoung Jin. UN전자계약협약에 관한 비교법적 고찰. *國際去來法研究 = Journal coréen du droit des affaires et du droit commercial international* (Séoul) 19:1:77-104, 2010.

Traduction du titre: Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005).

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en Centroamérica y el Caribe. New York, Nations Unies, 2010. 98 p.

Convenzione delle Nazioni Unite sull'uso delle comunicazioni elettroniche nei contratti internazionali. Bologne, Italie, Studio Legale Finocchiaro, 2010. 9 p.

Traduction de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005).

Electronic signatures: towards judicial strategies for the application of e-signature law, 8 et 9 mars 2006, Le Caire, Égypte [documents de la conférence]. Le Caire, CLDP, 2006. 1 v.

Ewelukwa, N. Is Africa ready for electronic commerce? A critical appraisal of the legal framework for e-commerce in Africa. Document établi en vue de la première Conférence africaine sur le droit commercial international, 13 et 14 janvier 2011, Douala.

Furmston, M. P. *et* G. J. Tolhurst. Contract formation: law and practice. Oxford, Oxford University Press, 2010. 521 p.

Hettenbach, D. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Verwendung elektronischer Mitteilungen bei internationalen Verträgen. Tübingen, Allemagne, Mohr Siebeck, 2008. xxix, 334 p.

Traduction du titre: Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005).

Iorio Fiorelli, G. Il contratto elettronico tra armonizzazione materiale e diritto internazionale privato. Padoue, Italie, CEDAM, 2006. 223 p.

Traduction du titre: Le contrat électronique entre l'harmonisation de fond et le droit international privé.

Kisswani, N. *et* A. A. Al-Bakri. Regulating the use of electronic signatures given the changing face of contracts. *Macquarie journal of business law* (Sydney) 7:53-65, 2010.

Lee, Jae Sung. Reference to the use of electronic communications in UNCITRAL's recent texts. *國際去來法研究 = Journal coréen du droit des affaires et du droit commercial international* (Séoul) 19:1:17-76, 2010.

Lima Pinheiro, L. de. Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet. *Revista da ordem dos advogados* (Lisbonne) 66:1, janvier 2006.

Traduction du titre: Droit applicable aux contrats conclus via Internet.

Márquez, J. F. *et* L. M. de Espanés. La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Córdoba, Argentine, Faculté nationale de droit et de sciences sociales de Córdoba, 2004. 14 p.

Martin-Clark, D. Electronic documents under the Rotterdam Rules. *Dans* The carriage of goods by sea under the Rotterdam Rules. D. R. Thomas, *dir. publ.* Londres, Lloyd's List, 2010. p. 283 à 294.

Martínez Nadal, A. *et* J. L. Ferrer-Gomila. Comments to the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures. *Dans* Information security, 5th International Conference, ISC 2002 Sao Paulo, Brésil, 30 septembre-2 octobre 2002, minutes. A. Chan *et* V. Gligor, *dir. publ.* Berlin, Springer, 2002. p. 229 à 243.

Mik, E. "Updating" the Electronic Transactions Act?: Australia's accession to the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005. *Journal of contract law* (Sydney, Australie) 26:2:184, 2010.

Monastyrsky, Y. E. Непризнание иностранных судебных актов об отмене арбитражных решений = Non-reconnaissance des jugements étrangers annulant des sentences arbitrales. *Московского журнала международного права = Moscow journal of international law* (Moscou) 3:79:120-129, 2010.

Nicoll, C. The Electronic Transactions Bill 2001. *New Zealand business law quarterly* (Auckland, Nouvelle-Zélande) 8:76-91, février 2002.

Oh, Se-Chang. UNjunjahyubyak-ui juyogyujung-ui gaeyo-wa silmujukyongsang-ui yu-ui-jum. *Sahweigwahaknonchong = Journal of social sciences* (Dae-gu, République de Corée) 25:1:365-400, 2006.

Traduction du titre: Étude du plan d'ensemble des principales dispositions de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005).

Ovseyko, S. V. Электронная торговля: финансовые и правовые аспекты. Минск, Амалфея, 2009. 295 p.

Traduction du titre: Commerce électronique: aspects juridiques et financiers.

Oyarzabal, M. J. A. Juez competente y contratos electrónicos en el derecho internacional privado. *DeCITA* (Buenos Aires) 1:289-299, 2004.

Polański, P. P. The internationalization of Internet law. *Dans* The internationalization of law and legal education. J. Klabbers *et* M. Sellers, *dir. publ.* Berlin, Springer, 2008. p. 191 à 210.

Rapport relatif au séminaire international sur les Règles de Rotterdam, tenu à Yaoundé du 18 au 19 mars 2010. *The shippers' newsletter* (Douala, Cameroon) 029:[1-4], 2010.

Rosas Rodríguez, R. Un enfoque comparativo sobre la formación de los contratos electrónicos en el derecho estadounidense y el derecho internacional. *Iuris tantum* (Mexique, D.F.) 17:229-277, 2006.

Scott, N. Cyber legislation: a model law for the South Pacific. *Revue juridique polynésienne* (Faa'a, Polynésie française, France) 9:93-134, 2009.

Shim, Chong-seok. A legal study on complementary issues of electronic commerce act in Korea. *Internet Junja sang-guhrae yongu* (Daegu, République de Corée) 9:3:337-363, 2009.

En coréen, avec résumé en anglais.

Tagini, P. E-commerce in Vanuatu: can contract law accommodate for new technology? *Journal of South Pacific law* (Suva) vol. 4, 2000.

Tang, Zheng Sophia. Electronic consumer contracts in the conflict of laws. Oxford, Angleterre, Hart, 2009. xxix, 317 p.

Weber, R. H. E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen. Deuxième édition. Zurich, Schulthess, 2010. 657 p.

Traduction du titre: Commerce életronique et droit

VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances)

All, P. M. El régimen de las garantías mobiliarias en el tráfico comercial internacional: la situación argentina. *DeCITA* (Buenos Aires) 1:300-319, 2004.

Bariatti, S. The law applicable to security interests in intellectual property rights. *Journal of private international law* (Oxford, Royaume-Uni) 6:2:395-416, 2010.

Bazinas, S. V. Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Dans* The reform of UK personal property security law: comparative perspectives. J. de Lacey, *dir. publ.* Londres; New York, Routledge-Cavendish, 2010. p. 456 à 475.

_____. The work of UNCITRAL on security interests: an overview. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:315-324, 2010.

Brennan, L. Les défis du financement de la propriété intellectuelle. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:9-10, octobre 2008.

Cohen, N. B. Should UNCITRAL prepare a model law on secured transactions? *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:325-335, 2010.

Drobnig, U. Die Kollisionsnormen des Legislative Guide for Secured Transactions von UNCITRAL (2007). *Dans* Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag. D. Baetge, *et al.*, *dir. publ.* Tübingen, Mohr Siebeck, 2008. p. 533 à 551.

Traduction du titre: Les règles de conflit du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007).

Franco, E. *et al.*. UNCITRAL's guide to secured transactions: a contractual guide. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:367-373, 2010.

Garro, A. M. The creation of a security right and its extension to acquisition financing devices. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:375-390, 2010.

Goodger, B. Les incidences du processus de la CNUDCI. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:7-8, octobre 2008.

Hartley, T. C. Choice of law regarding the voluntary assignment of contractual obligations under the Rome I Regulation. *International and comparative law quarterly* (Londres) 60:1:29-56, janvier 2011.

Kohn, R. M. The case for including directly held securities within the scope of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:413-418, 2010.

Les opérations garanties et les inscriptions (janvier 2010). Washington, D.C, Banque mondiale, 2010. 152 p.

Lui, C. Navigating through the legal minefield of state and federal filing for perfecting security interests in intellectual property. *Santa Clara law review* (Santa Clara, Californie) 51:705-741, 2011.

Macdonald, R. A. A model law on secured transactions. A representation of structure? An object of idealized imitation? A type, template or design? *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:419-446, 2010.

Manderieux, L. Secured transactions as a tool for better use of intellectual property rights and of intellectual property licensing (including patent licensing). *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:447-457, 2010.

Morán Bovio, D. Internacionalidad en la cesión de créditos cubierta por CARIT. *Dans* El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa en su octogésimo cumpleaños. J. A. Gómez Segade and A. García, *dir. publ.* Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 621 à 635.

Nations Unies. Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. New York, Nations Unies, 2010. x, 554 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.

_____. Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties: terminologie et recommandations. Vienne, Nations Unies, 2009. xv, 106 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.13.

Ocejo, M. The TSL interview: Spiros V. Bazinas: moving international secured transactions law forward. *Secured lender* (New York) 64-67, juillet/août 2010.

Phillips, J. Dix commandements. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:5-6, octobre 2008.

Propriété intellectuelle et financement – une introduction. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:2-4, octobre 2008.

République de Corée. Ministère de la justice. UNCITRAL 담보권 입법지침 연구: United Nations Commission on International Trade Law. Séoul, Ministère de la justice, République de Corée, 2010. 839 p.

Traduction du titre: Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007).

Riffard, J.-F. Le Livre IX du Cadre Commun de Référence Européen et la future (?) loi modèle de la CNUDCI sur les sûretés réelles mobilières: quand l'un vient d'en bas et l'autre d'en haut, il y en aura un de trop. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:465-478, 2010.

Röver, J.-H. The EBRD's model law on secured transactions and its implications for an UNCITRAL model law on secured transactions. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:479-506, 2010.

Rudolf, C. Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen: UN-Abtretungsübereinkommen, UNIDROIT-Factoringübereinkommen, PECL, UNIDROIT-Principles. Tübingen, Allemagne, Mohr Siebeck, 2006. xxii, 681 p.

Traduction du titre: Le droit uniforme et les cessions internationales: Convention des Nations Unies sur la cession (2001), Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage, Principes du droit européen des contrats (PECL), Principes UNIDROIT.

Sigman, H. C. Some thoughts about registration with respect to security rights in movables. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 15:2:447-457, 2010.

Winn, J. K. Security interests in intellectual property: challenges and opportunities. *國際去來法研究 = Journal coréen du droit des affaires et du droit commercial international* (Séoul) 19:1:105-120, 2010.

VIII. Passation des marchés

Ahmadu, Mohammed L. Evaluating public procurement regimes in the South Pacific: perspectives on Fiji, Samoa and Vanuatu. *Journal of South Pacific law* (Suva, Fidji) 9:1, 2005.

Arrowsmith, S. Public procurement: an appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard. *International and comparative law quarterly* (Londres) 53:17-46, 2004.

Cao, Fuguo. Modernization of public procurement law with an analysis of the UNCITRAL Procurement Model Law. Article rédigé pour 第二届公共采购国际论坛、IPPF2010: 公共采购：新趋势、新学科、新职业 = Forum international des marchés publics II, IPPF 2010: Nouvelles directions, nouvelles disciplines, nouvelle profession, 15 et 16 octobre 2010, Beijing, Chine.

En chinois.

Horska, K. Curbing the World Bank's problems with patronage and corruption through the use of open framework agreements. *Public contract law journal* (Washington, D.C.) 39:679-699, 2010.

Mathieson, S. Accessing Chine's public procurement market: which state-influenced enterprises should the WTO's government procurement agreement cover? *Public contract law journal* (Washington, D.C.) 40:233-266, 2010.

Nicholas, C. Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement. *Law in transition online* (Londres) octobre 2010.

_____. Reforms to the UNCITRAL Model Law. Article rédigé pour 第二届公共采购国际论坛、IPPF2010: 公共采购：新趋势、新学科、新职业 = Forum international des marchés publics II, IPPF 2010: nouvelles directions, nouvelle discipline, nouvelle profession, 15 et 16 octobre 2010, Beijing, Chine.

IX. Insolvabilité

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire. Report and recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group. Bâle, Banque des règlements internationaux, 2009. 43 p.

Bufford, S. L. *et al.*. Symposium: bankruptcy in the new millennium: panel one: international bankruptcy: transcript of proceedings. *Southwestern law review* (Los Angeles, Californie) 39:605-642, 2010.

Chan Ho, Look. Applying foreign law: realising the Model Law's potential. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 25:11:552-567, 2010.

_____. Applying foreign law under the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *Butterworths journal of international banking and financial law* (Londres) 24:11:655, 2009.

_____. Cross-border fraud and cross-border insolvency: proving COMI and seeking recognition under the UK model law. *Butterworths journal of international banking and financial law* (Londres) 24:9:537-542, 2009.

Chan, Sek Keong. Challenges in applying local laws and regulations to complex cross-border transactions and disputes to achieve a fair outcome and cooperation between judges in different nations.

Discours introductif à la vingtième Conférence annuelle de l'Inter-Pacific Bar Association, Singapour, mardi 4 mai 2010.

Cherubini, G. *et al.*. Harmonisation of insolvency law at EU level. Bruxelles, Parlement européen, 2010. 160 p.

Childers, C. L. US courts grapple with COMI: are their dealings with the presumption what was intended by the model law? *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 7:6:399-405, 2010.

Christenson, B. J. Best let sleeping presumptions lie: interpretation of "center of main interest" under Chapter 15 of the Bankruptcy Code and an appeal for additional judicial complacency. *University of Illinois law review* (Champaign, Illinois) 2010:1565-1597, 2010.

Clift, J. Cross-border cooperation: current trends. *INSOL world* (Londres) deuxième trimestre 2010, p. 22 et 23.

_____. Global insolvency colloquium: UNCITRAL/INSOL/IBA = Colloque sur l'insolvabilité internationale: CNUDCI/INSOL/IBA. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Rome) 6:1:90-99, 2001.

_____. International insolvency law: the UNCITRAL experience with harmonization and modernization techniques. *Yearbook of private international law* (La Haye) 11:405-426, 2009.

_____. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité. *INSOL world* (Londres) troisième trimestre 2010. p. 6.

_____. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: an answer to insolvency issues in the framework of international trade and of international projects. *Dans* Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples; journées d'études, jeudi 25 avril 2002 et vendredi 26 avril 2002. Bruxelles, Bruylant, 2002. p. 81 à 113.

Deutsch, D. E *et* F. Vazquez. Introduction to recognition under chapter 15. *American Bankruptcy Institute journal* (Alexandria, Virginie) 29:4:46-47, 99-10, mai 2010.

Di Sano, S. The third road to deal with the insolvency of multinational enterprise groups. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 26:1:15-23, 2011.

Fletcher, I. F. Rival foreign proceedings compete for recognition under the Cross-Border Insolvabilité Regulations. *Insolvabilité intelligence* (Londres) 23:2:26-28, 2010.

_____ *et* B. Wessels. Shaping rules for cooperation in international corporate insolvency cases through dialogue. *European company law* (Leyde, Pays-Bas) 7:4:149-153, 2010.

FMI. Resolution of cross-border banks: a proposed framework for enhanced coordination. Washington, D.C., Fonds monétaire international, 2010. 35 p.

Geroldinger, A. Verfahrenskoordination in europäischen Insolvenzrecht: die Abstimmung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO. Vienne, Manz, 2010. 438 p.

Traduction du titre: Coordination des procédures en vertu du droit européen de l'insolvabilité: coordination des procédures principales et secondaires dans le cadre des règlements européens sur l'insolvabilité.

Halliday, T. C. *et* B. G. Carruthers. Bankrupt: global lawmaking and systemic financial crisis. Stanford, Californie, Stanford University Press, 2009. 505 p.

Hughes, F. Are we moving further away from common principles: the Stanford Bank decisions in England and Quebec. *ABI committee news: International Committee* (Alexandria, Virginie) 7:2:243-260, février 2010.

Janger, E. J. Virtual territoriality. *Columbia journal of transnational law* (New York) 48:3:401-441, 2010.

Lee, Emily *et* Karen Ho. Chine's new enterprise bankruptcy law: a great leap forward, but just how far? *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 19:2:145-177, 2010.

Leeds Ruby, C., M. O'Sullivan *et* F. Sosnick. Cross-border insolvencies: UK and US markets compared. *PLC Magazine* (Londres) 49-57, décembre 2008.

Leibner, J. An executory approach to cross-border insolvencies. *University of Miami law review* (Coral Gables, Floride) 64:3:1171-1196, avril 2010.

Menéndez, Á. E. The ancillary insolvency proceeding. *International insolvency review* (Chichester, Royaume-Uni) 19:2:99-132, 2010.

Mevorach, I. Jurisdiction in insolvency: a study of European courts' decisions. *Journal of private international law* (Oxford, Royaume-Uni) 6:2:327-357, 2010.

_____. Towards a consensus on the treatment of multinational enterprise groups in insolvency. *Cardozo journal of international and comparative law* (New York) 18:359-423, 2010.

Miteva, E. *et* R. Frederick, *dir. publ.* Asian insolvency systems: closing the implementation gap. Paris, OCDE, 2007. 280 p.

Morán Bovio, D. Conclusión en UNCITRAL del acto segundo sobre las tareas acerca de la insolvencia. *Annuaire de la Faculté de Droit, Université de Alcalá* (Alcalá de Henares, Espagne) III:55-72, 2010.

Moss, G. S., I. F. Fletcher *et* S. Isaacs, *dir. publ.* The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide. Deuxième édition. Oxford, Oxford University Press, 2009. xliii, 464 p.

Mund, S. C. 11 U.S.C. 1506: U.S. courts keep a tight rein on the public policy exception, but the potential to undermine international cooperation in insolvency proceedings remains. *Wisconsin international law journal* (Madison, Wisconsin) 28:325-356, 2010.

Nations Unies. Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale. New York, Nations Unies, 2010. vii, 143 p. Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.

Omar, P. J. The UNCITRAL insolvency initiative: a five year review. *Insolvency lawyer* (Londres) 6:228-239, 2002.

Redmond, C. J. Are existing insolvency laws adequate to address the current financial crisis? Paper prepared for the World Bank Insolvability and Creditor Rights Task Force: Working Group on Insolvability of Non-Bank Financial Institutions. Washington, D.C., 12 et 13 janvier 2010.

Shah, D. *et* J. Snead. The UNCITRAL Practice Guide on Cross-border Insolvency Cooperation: a good practice guide to cross-border insolvency agreements. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 7:5:325-327, 2010.

Shahid, O. The public policy exception: has sect.1506 been a significant obstacle in aiding foreign bankruptcy proceedings? *Journal of international business and law* (Hempstead, N.Y.) 9:175-200, printemps 2010.

Sturley, M. F., Tomotaka Fujita *et* G. van der Ziel. The Rotterdam Rules: The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea. Londres, Thomson Reuters, 2010. 444 p.

Thomas, N. The need for an effective approach to cross-border insolvency. *International corporate rescue* (Hertfordshire, Royaume-Uni) 7:6:362-368, 2010.

Vallens, J. L. La loi modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. *Dans* Les faillites internationales: colloque du 30 novembre 2007. M. Boureghda, coord. Paris, Société de législation comparée, 2008. p. 53 à 62.

Verrill, J. The principle of assistance in cross-border cases: submission to the jurisdiction – judicial parallelism. *Eurofenix* (Clifton, Royaume-Uni) 42:22-25, Hiver 2010/11.

Weiss, J. M. Tax claims in transnational insolvencies: a "revenue rule" approach. *Virginia tax review* (Charlottesville, Virginie) 30:261-325, 2010.

Westbrook, J. L. A comment on universal proceduralism. *Columbia journal of transnational law* (New York) 48:3:503-518, 2010.

_____ *et al.,* A global view of business insolvency systems. Washington, D.C., Banque mondiale, 2010. 300 p.

Zamzam, A.-M. Bankruptcy jurisdiction and enforcement of foreign bankruptcy judgments in Egypt. *Journal of private international law* (Oxford, Royaume-Uni) 6:3:623-635, 2010.

Zumbro, P. H. Cross-border insolvencies and international protocols: an imperfect but effective tool. *Business law international* (Londres) 11:2:157-169, 2010.

국제법률심포지엄: 기업도산절차의 국제적 동향. Séoul, Cour suprême de Corée, 2009. 1 v.

En coréen et en anglais. Traduction du titre: Symposium juridique en Corée 2009: tendances internationales dans les procédures d'insolvabilité des entreprises [présentations].

X. Contrats internationaux de construction

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique.*]

XI. Échanges internationaux compensés

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique.*]

XII. Projets d'infrastructure à financement privé

[*Aucune publication n'a été recensée sous cette rubrique.*]

XIII. Règlement des litiges en ligne

Abdel Wahab, M. Dispute resolution and information technology at crossroads: the leading edge. Paper prepared for conference: Electronic signatures: towards judicial strategies for the application of e-signature law, 8 et 9 mars 2006, Le Caire, Égypte.

_____. The global information society and online dispute resolution: a new dawn for dispute resolution. Paper prepared for conference: Electronic signatures: towards judicial strategies for the application of e-signature law, 8 et 9 mars 2006, Le Caire, Égypte.

Feldstein de Cardenas, S. L. Arbitraje electrónico: una mirada al futuro. *Dans* Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 567 à 583.

_____. Arbitraje electrónico: una solución para y por internet. *DeCITA* (Buenos Aires) 2:275-297, 2004.

Hörnle, J. Cross-border Internet dispute resolution. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. xxxii, 286 p.

Katsh, E. *et* Daewon Choi, *dir. publ.* Online dispute resolution: technology as the "fourth party", papers and proceedings of the 2003 United Forum on ODR (Forum des Nations Unies sur la résolution des conflits en ligne), 30 juin et 1er juillet, 2003, Genève. Genève, National Center for Technology and Dispute Resolution, 2003.

Philippe, M. Now where do we stand with online dispute resolution (ODR)? = Et maintenant où en sommes-nous avec la résolution des litiges en ligne (ODR)? *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Londres) 6:563-576, 2010.

Rule, C., L. F. Del Duca *et* D. Nagel. Online small claim dispute resolution developments: progress on a soft law for cross-border consumer sales and the development of a global consumer law forum. *Uniform commercial code law journal* (New York) 43:1:419-441, octobre 2010.

Szlak, G. Global online dispute resolution (ODR) para casos provenientes del eCommerce transfroterizo B2B y B2C. *El derecho informático* (Buenos Aires), 5-8 octobre 2010.

Wang, Faye Fangfei. Online dispute resolution: technology, management and legal practice from an international perspective. Oxford, Chandos, 2009. 152 p.

Annexe

Liste des titres abrégés cités dans la présente bibliographie et des titres complets des textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
CVIM (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[a]
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[b]
Convention sur la prescription (1974/80)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[c],et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[d]
Convention de New York (1958)	Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)[e, f]
Règles de Rotterdam (2008)	Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, 2008 (New York)[g]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[h]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[i]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (telle qu'amendée en 2006)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006[j]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)[k]
Loi type de la CNUDCI sur la conciliation (2002)	Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[l]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)[m]
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[n]
Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2004)	Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)[o]
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[p]
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[q]
Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)	Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[r]
Guide pratique de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2009)	Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009)[s]
Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)[t]
Guide de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)	Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)[u]

Titre abrégé	*Titre complet*
Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005)	Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[v]
Convention des Nations Unies sur les garanties et les lettres de crédit stand-by (1995)	Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[w]

[a] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.14.
[b] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.
[c] Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974; Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8.
[d] Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980; Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3.
[e] La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (New York) a été adoptée avant la création de la Commission et la Commission est chargée des activités de promotion de la Convention et des activités connexes.
[f] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739, p. 3.
[g] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.
[h] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), Part II.
[i] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.
[j] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4
[k] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.
[l] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.
[m] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.
[n] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.
[o] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.
[p] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.
[q] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.
[r] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.
[s] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.V.6.
[t] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.
[u] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.12.
[v] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.
[w] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

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

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa quarante-quatrième session	
	1. Documents à distribution générale	
A/CN.9/711 et Corr.1	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la quarante-quatrième session	Non reproduit
A/CN.9/712	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010)	Deuxième partie, chap. I, A
A/CN.9/713	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (Vienne, 1er-5 novembre 2010)	Deuxième partie, chap. II, A
A/CN.9/714	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 8-12 novembre 2010)	Deuxième partie, chap. III, A
A/CN.9/715	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-neuvième session (Vienne, 6-10 décembre 2010)	Deuxième partie, chap. IV, A
A/CN.9/716	Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-deuxième session (Vienne, 13-17 décembre 2010)	Deuxième partie, chap. V, A
A/CN.9/717	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011)	Deuxième partie, chap. I, D
A/CN.9/718	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingtième session (New York, 14-18 mars 2011)	Deuxième partie, chap. II, C
A/CN.9/719	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 11-15 avril 2011)	Deuxième partie, chap. II, C
A/CN.9/720	Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties	Non reproduit
A/CN.9/721	Rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-troisième session (New York, 23-27 mai 2011)	Deuxième partie, chap. V, C
A/CN.9/722	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, chap. II

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/723	État des conventions et des lois types	Deuxième partie, chap. IX
A/CN.9/724	Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques	Deuxième partie, chap. VIII
A/CN.9/725	Note du Secrétariat sur les activités de coordination	Deuxième partie, chap. X
A/CN.9/726	Promotion des moyens visant à assurer l'interprétation et l'application uniformes des textes juridiques de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/727	Questions juridiques et réglementaires qui se posent dans le domaine de la microfinance	Non reproduit
A/CN.9/728 et Add.1	Travaux actuels et travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	Deuxième partie, chap. VI, A
A/CN.9/729 et Add.1 à 8	Note du Secrétariat sur le projet de texte révisé de la Loi type	Deuxième partie, chap. II, E
A/CN.9/730 et Add.1 et 2	Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics – compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type sur la passation des marchés publics	Deuxième partie, chap. II, F
A/CN.9/731 et Add.1 à 9	Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	Deuxième partie, chap. II, G
A/CN.9/732 et Add.1 à 3	Texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	Non reproduit
A/CN.9/733 et Add.1	Aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale – compilation des commentaires reçus des gouvernements	Deuxième partie, chap. IV, E
A/CN.9/734	Note du Secrétariat – Annexe – Proposition de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): renforcer la connaissance et l'utilisation des modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux investissements	Non reproduit
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XLIV/CRP.1 et Add.1 à 21	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-quatrième session	Non reproduit
A/CN.9/XLIV/CRP.2	Finalisation et adoption de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/XLIV/CRP.3	Finalisation et adoption du texte destiné aux juges concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	Non reproduit
A/CN.9/XLIV/CRP.4	Établir une présence régionale de la CNUDCI	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XLIV/INF.1/Rev.1	Liste de participants	Non reproduit
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.158	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.159 et Add.1 à 4	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – compilation des commentaires reçus de gouvernements, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session	Deuxième partie, chap. I, B
A/CN.9/WG.II/WP.160 et Add.1	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-troisième session	Deuxième partie, chap. I, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/LIII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/LIII/CRP.2	Commentaires reçus du Mexique concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/LIII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.161	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.II/WP.162 et Add.1	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session	Deuxième partie, chap. I, E
A/CN.9/WG.II/WP.163	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – commentaires des Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session	Deuxième partie, chap. I, F
A/CN.9/WG.II/WP.164	Note du Secrétariat concernant le règlement des litiges commerciaux: transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités – propositions soumises par des gouvernements et des organisations internationales, soumise au Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) à sa cinquante-quatrième session	Deuxième partie, chap. I, G
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/LIV/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/LIV/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.74	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.75 et Add.1 à 8	Note du Secrétariat concernant les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte révisé de la Loi type, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. II, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/XIX/ CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dix-neuvième session	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/XIX/ INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.76	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.77 et Add.1 à 9	Note du Secrétariat sur le Guide révisé pour l'incorporation qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa vingtième session	Deuxième partie, chap. II, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/XX/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa vingtième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/XX/CRP.2	Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Proposition des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/XX/CRP.3	Examen de propositions en vue d'un Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics. Proposition des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/XX/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-huitième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.43	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.44 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur l'inscription des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. III, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/XVIII/ CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-huitième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XVIII/ CRP.2	Note du Secrétariat concernant l'inscription des sûretés réelles mobilières	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/XVIII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.45	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.46 et Add.1 à 3	Note du Secrétariat concernant le projet de guide sur le registre des sûretés réelles mobilières, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. III, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/XIX/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa dix-neuvième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/XIX/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.94	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1	Note du Secrétariat sur l'interprétation et l'application de certains concepts de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale en rapport avec le centre des intérêts principaux, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.96	Note du Secrétariat sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, C
A/CN.9/WG.V/WP.97 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur les aspects judiciaires de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXXIX/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-neuvième session	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXXIX/ INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-deuxième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.104	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.105	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-deuxième session	Deuxième partie, chap. V, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XXII/ CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-deuxième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XXII/ INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	J. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-troisième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.106	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.107	Note du Secrétariat sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de règlement de procédure, soumise au Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) à sa vingt-troisième session	Deuxième partie, chap. V, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XXIII/ CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail III (Règlement des litiges en ligne) sur les travaux de sa vingt-troisième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XXIII/ INF.1	Liste de participants	Non reproduit

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE*

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI

2. Résolutions de l'Assemblée générale

3. Rapports de la Sixième Commission

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des groupes de travail)

6. Documents soumis aux Groupes de travail:

   a) Groupe de travail I:
   Délais et prescription (1969 à 1971); projets d'infrastructure à financement privé (2001 à 2003); passation de marchés (depuis 2004)

   b) Groupe de travail II:
   Vente internationale de marchandises (1968 à 1978); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 2000); arbitrage commercial international et conciliation (depuis 2000)

   c) Groupe de travail III:
   Réglementation internationale des transports maritimes (1970 à 1975); droit des transports (depuis 2002)**

   d) Groupe de travail IV:
   Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); échange de données informatisées (1992 à 1996); commerce électronique (depuis 1997)

   e) Groupe de travail V:
   Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité (1995 à 1999); insolvabilité (depuis 2001)*

   f) Groupe de travail VI:
   Sûretés (depuis 2002)**

---

* Pour sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000), ce groupe de travail a été nommé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session, A/55/17, par. 186).

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI		
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A
A/59/17 (trente-septième session)	Volume XXXV: 2004	Première partie, A
A/60/17 (trente-huitième session)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, A
A/61/17 (trente-neuvième session)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, A
A/62/17 (quarantième session)	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, A
A/63/17 (quarantième et unième session)	Volume XXXIX: 2008	Première partie, A
A/64/17 (quarante-deuxième session)	Volume XL: 2009	Première partie, A
A/65/17 (quarante-troisième session)	Volume XLI: 2010	Première partie, A

2. Résolutions de l'Assemblée générale

2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
31/100	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D
59/39	Volume XXXV: 2004	Première partie, D
59/40	Volume XXXV: 2004	Première partie, D
61/32	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D
61/33	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D
62/64	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
62/65	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
62/70	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, D
63/120	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/121	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/123	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D
63/128	Volume XXXIX: 2008	Première partie, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
64/111	Volume XL: 2009	Première partie, D
64/112	Volume XL: 2009	Première partie, D
64/116	Volume XL: 2009	Première partie, D
65/21	Volume XLI: 2010	Première partie, D
65/22	Volume XLI: 2010	Première partie, D
65/23	Volume XLI: 2010	Première partie, D
65/24	Volume XLI: 2010	Première partie, D
65/32	Volume XLI: 2010	Première partie, D
	3. Rapports de la Sixième Commission	
A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C
A/50/640	Volume XXVI: 1995	Première partie, C
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C
A/57/562	Volume XXXIII 2002	Première partie, C
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C
A/59/509	Volume XXXV: 2004	Première partie, C
A/60/515	Volume XXXVI: 2005	Première partie, C
A/61/453	Volume XXXVII: 2006	Première partie, C
A/62/449	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, C
A/63/438	Volume XXXIX: 2008	Première partie, C
A/64/447	Volume XL: 2009	Première partie, C
A/65/465	Volume XLI: 2010	Première partie, C

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A
A/33/15/Vol.II	Volume X: 1979	Première partie, I, A
A/34/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A
A/35/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B
A/36/15/Vol.II	Volume XII: 1981	Première partie, B
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B
TD/B/40(1) 14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B
TD/B/42(1)19 (Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volume XXXV: 2004	Première partie, B
TD/B/52/10 (Vol.I)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, B
TD/B/53/8 (Vol.I)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, B
TD/B/54/8 (Vol.I)	Volume XXXVIII: 2007	Première partie, B
TD/B/55/10 (Vol.I)	Volume XXXIX: 2008	Première partie, B
TD/B/56/11 (Vol.I)	Volume XL: 2009	Première partie, B
TD/B/57/8 (Vol.I)	Volume XLI: 2010	Première partie, B

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des groupes de travail)

A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4, 5
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B, C
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/212	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/219 et Add.1 (F-Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3
A/CN.9/221	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/222	Volume XIII: l982	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V
A/CN.9/225	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, IV
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/393	Volume XXV: 1994	Troisième partie, I
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI
A/CN.9/431	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/485 et Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/522 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/533 et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B
A/CN.9/542	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/543	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/544	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/545	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/546	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/547	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/548	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/549	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/550	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/551	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/552	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/553	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VI
A/CN.9/554	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/555	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/557	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, I
A/CN.9/558 et Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/559 et Add.1 à 3	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, K
A/CN.9/560	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VII
A/CN.9/561	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IX
A/CN.9/564	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, XI
A/CN.9/565	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/566	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, II
A/CN.9/568	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/569	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, A

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/570	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/571	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/572	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/573	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/574	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/575	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/576	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/578 et Add.1 à 17	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/579	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, C
A/CN.9/580 et Add.1 et 2	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, IV
A/CN.9/582 et Add.1 à 7	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, B
A/CN.9/583	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/584	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, A
A/CN.9/585	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VI
A/CN.9/586	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/588	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/589	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/590	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/591 et Corr.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/592	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/593	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/594	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, M
A/CN.9/595	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/596	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/597	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/598 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IX
A/CN.9/599	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VII
A/CN.9/600	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/601	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, IV
A/CN.9/603	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, F

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/604	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/605	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, H
A/CN.9/606	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/607	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, J
A/CN.9/609 et Add.1 à 6	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, K
A/CN.9/610 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, L
A/CN.9/611 et Add.1 à 3	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/614	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/615	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/616	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/617	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/618	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/619	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/620	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/621	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/622	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/623	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/624 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, C
A/CN.9/625	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, II
A/CN.9/626	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, IX
A/CN.9/627	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/628 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, X
A/CN.9/630 et Add.1 à 5	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/631 et Add.1 à 11	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/632	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/634	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/637 et Add.1 à 8	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/640	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/641	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/642	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/643	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/645	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, I

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/646	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/647	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/648	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/649	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/650	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, II
A/CN.9/651	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IX
A/CN.9/652	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/655	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VI, A
A/CN.9/657 et Add.1 et 2	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, X
A/CN.9/659 et Add.1 et 2	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/664	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/665	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/666	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/667	Volume XL: 2009	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/668	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/669	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/670	Volume XL: 2009	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/671	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/672	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/673	Volume XL: 2009	Troisième partie, II
A/CN.9/674	Volume XL: 2009	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/675 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, VII
A/CN.9/678	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/679	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/681 et Add.1 et 2	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/682	Volume XL: 2009	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/684	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/685	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/686	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/687	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, IV, A
A/CN.9/688	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/689	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, II, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/690	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/691	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/692	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/693	Volume XLI: 2010	Troisième partie, III
A/CN.9/694	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, VIII
A/CN.9/695	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, VII
A/CN.9/702 et Add.1	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/706	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/707 et Add.1	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, IX
A/CN.9/709	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/710	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, V, E

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) Groupe de travail I

i) Délais et prescription

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1

ii) Projets d'infrastructure à financement privé

A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, B

iii) Passation de marchés

A/CN.9/WG.I/WP.31	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.I/WP.32	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.I/WP.34 et Add.1 et 2	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.I/WP.36	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.I/WP.38 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.I/WP.39 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.I/WP.40 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.I/WP.42 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, I
A/CN.9/WG.I/WP.47	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.I/WP.48	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.I/WP.50	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.I/WP.51	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.I/WP.54	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.I/WP.55	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.I/WP.56	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.I/WP.58	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.I/WP.59	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.I/WP.61	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.I/WP.62	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.I/WP.63	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.I/WP.64	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.I/WP.66 et Add.1 à 5	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, I
A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add.1 à 5	Volume XL: 2009	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/WG.I/WP.71 et Add.1 à 8	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.I/WP.73 et Add.1 à 8	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, IV, D
	b) Groupe de travail II	
	i) Vente internationale de marchandises	
A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1979	Troisième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B
ii) Pratiques en matière de contrats internationaux		
A/CN.9/WG.II/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 a)
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 b)
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3 c)
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D
iii)	*Arbitrage commercial international*	
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, F

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.II/WP.131	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.132	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.134	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.136	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.138	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.139	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.141	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.147 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.149	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.151 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.152	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.154	Volume XL: 2009	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.157 et Add.1 et 2	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, I, D
	c) Groupe de travail III	
	i) Réglementation internationale des transports maritimes	
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3
	ii) Droit des transports	
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/WG.III/WP.39	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.40	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.44	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.46	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.49	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.51	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.55	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.57	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.58	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.59	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.61	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.63	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.64	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.67	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.68	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, U

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.III/WP.69	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.72	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.73	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.74	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.75	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.76	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.77	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.78	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.79	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.81	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.82	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.83	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, M
A/CN.9/WG.III/WP.84	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.85	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.86	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.87	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.88	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.89	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.90	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.91	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.93	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.III/WP.94	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.III/WP.95	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.III/WP.96	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.III/WP.97	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.III/WP.98	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.III/WP.99	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/WG.III/WP.101	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, J
A/CN.9/WG.III/WP.102	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, K
A/CN.9/WG.III/WP.103	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, I, L

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
	d) Groupe de travail IV	
	i) Effets de commerce internationaux	
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 d) à f)
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 g) et h)
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3
	ii) Paiements internationaux	
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B
	iii) Commerce électronique	
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, C

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, E
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, G
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, E
	e) Groupe de travail V	
	i) Nouvel ordre économique international	
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D
	ii) Insolvabilité	
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II)	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, G
A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, IV, D
A/CN.9/WG.V/WP.82 et Add.1 à 4	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, B

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.V/WP.83	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.85 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, E
A/CN.9/WG.V/WP.86 et Add.1 à 3	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.87	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.88	Volume XL: 2009	Deuxième partie, III, H
A/CN.9/WG.V/WP.90 et Add.1 et 2	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.92 et Add.1 et 2	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, III, E
	f) Groupe de travail VI: Sûretés	
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B
A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4 et Add.6 à 8	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add.1 et 2	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1 et 2 et Add.4	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, F
A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, H
A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, E
A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, G

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, H
A/CN.9/WG.VI/WP.29	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1	Volume XXXVIII: 2007	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/WG.VI/WP.33 et Add.1	Volume XXXIX: 2008	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1	Volume XL: 2009	Deuxième partie, IV, B
A/CN.9/WG.VI/WP.39 et Add.1 à 7	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, II, B
A/CN.9/WG.VI/WP.40	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/WG.VI/WP.42 et Add.1 à 7	Volume XLI: 2010	Deuxième partie, II, E

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III
A/CN.9/SR.758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/SR.794 à 810	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, II
A/CN.9/SR.836 à 864	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.865 à 882	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.889 à 899	Volume XL: 2009	Troisième partie, I
A/CN.9/SR.901 à 924	Volume XLI: 2010	Troisième partie, I
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires		
A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I
A/CONF.89/13 et annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI		
	Volume I: 1968-1970	Troisième partie
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie
	Volume II: l971	Deuxième partie
	Volume III: 1972	Deuxième partie
	Volume IV: 1973	Deuxième partie
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A
	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B
	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A
	Volume VII: 1976	Troisième partie, A
	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A
	Volume IX: 1978	Troisième partie, II
	Volume X: 1979	Troisième partie, II
	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV
	Volume XII: 1981	Troisième partie, III
	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV
	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV
	Volume XV: 1984	Troisième partie, II
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, IV
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV
A/CN.9/441 et Corr.1 (non 442)	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III
A/CN.9/517	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, IV
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, III
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, III
A/CN.9/625	Volume XXXVIII: 2007	Troisième partie, II
A/CN.9/650	Volume XXXIX: 2008	Troisième partie, II
A/CN.9/673	Volume XL: 2009	Troisième partie, II
A/CN.9/693	Volume XLI: 2010	Troisième partie, II

V.14-03911